

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

BRUNO ARTHUR HOCHHEIM

**ANÁLISE JURÍDICA DO ESTADO FEDERAL: UMA TENTATIVA DE
CONCEITUAÇÃO DO FEDERALISMO**

FLORIANÓPOLIS

2014

BRUNO ARTHUR HOCHHEIM

ANÁLISE JURÍDICA DO ESTADO FEDERAL: UMA TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO
DO FEDERALISMO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado junto ao curso de
graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC

Orientador: Prof. Dr. Airton L.
Cerqueira-Leite Seelaender

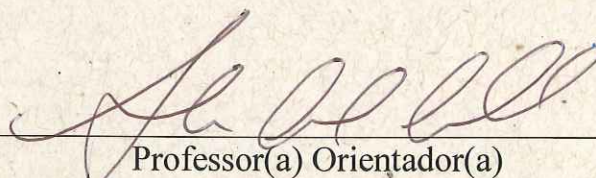
FLORIANÓPOLIS
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

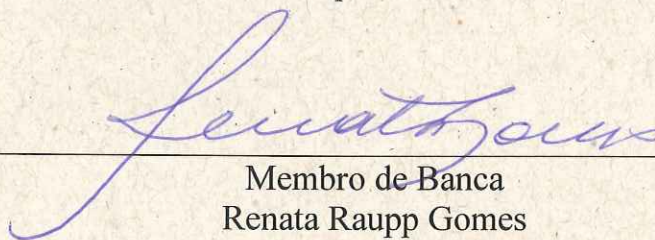
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Análise Jurídica do Estado Federal**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Bruno Arthur Hochheim**, defendida em **15/07/2014** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez —), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 15 de julho de 2014.



Professor(a) Orientador(a)
Ailton Lisle Cerqueira Leite Seelaender



Membro de Banca
Renata Raupp Gomes



Membro de Banca
Felipe de Farias Ramos

AGRADECIMENTOS

Aos meus avós. A Arthur Hochheim e a Sido Gessner, cuja presença por pouco tempo pude ter, e a Irmgard Hochheim e a Adelheid Gessner, pela inestimável companhia. É a vocês que dedico esse trabalho.

Aos meus pais, Norberto Hochheim e Meyke Roseane Gessner Hochheim, fonte de inesgotável amor.

Aos meus irmãos, Gustavo Andreas Hochheim e Walter Julius Hochheim, com quem tive e tenho a felicidade de compartilhar meus anos de infância e juventude.

À minha família em geral, nos dois lados do Atlântico, cuja companhia tenho a alegria de ter.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira-Leite Seelaender, pelas inestimáveis lições e pela inspiração ao estudo que transmite.

Ao *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD), pela possibilidade de estudo no *Winterkurs*, inestimável para a realização dessa pesquisa. Agradeço a todos os envolvidos na pessoa da Sra. Ramona Karatas, eficiente colaboradora na *Universität Duisburg-Essen*.

Ao *U.S. Department of State*, pela possibilidade de participação do *Student Leaders*, experiência de onde auferi importantíssimas experiências e conhecimentos. Agradeço a todos os envolvidos na pessoa da Sra. Vera Galante, atenciosa funcionária da Embaixada dos Estados Unidos de Brasília responsável pela condução do programa no Brasil, e na do Sr. Jim Hamrick, cuidadoso condutor do programa na *University of Tennessee*.

Ao programa Erasmus Mundus LINDO, pela possibilidade de estudo na *Rijksuniversiteit Groningen*, experiência essa que repercutiu imensamente em minha formação. Agradeço a todos os envolvidos nas pessoas da Sra. Giovana Redel, atenciosa funcionária da Secretaria de Relações Internacionais (SINTER) da UFSC, e na da Sra. Astrid van Dort, meticulosa funcionária da *Rijksuniversiteit Groningen* – a pronta ajuda e colaboração de ambas foi de inestimável valia aos meus estudos na Holanda.

A Elise Beirão, cuja companhia e carinho transformaram completamente minha graduação.

A todos meus amigos pelos inestimáveis momentos de alegria.

A Felipe de Farias Ramos e a Málio Aguiar, amigos de muitas conversas acadêmicas, de quem sempre aprendo imensamente.

A Deus, por tudo o que me possibilita e possibilitou ao longo de minha vida.

“Viver, e não ter vergonha de ser feliz. Cantar, e cantar e cantar a beleza de ser
um eterno aprendiz” (Gonzaguinha)

“Sapere aude” (Kant)

RESUMO

Fenômeno dos mais complexos é o federalismo. Apesar das muitas tentativas de definição, não se atingiu ainda uma formulação que abranja todos os casos de Estado federal, nem livre de problemas. O objetivo desse trabalho é prestar sua contribuição ao estudo do tema, apontando os problemas da teoria tradicional do federalismo e propondo uma outra visão, baseada na ideia de semelhança entre separação de poderes e federalismo.

PALAVRAS-CHAVE: FEDERALISMO. ESTADO FEDERAL. TEORIA. CONCEITO.

ABSTRACT

Federalism is one of the most complex phenomena. In spite of the many attempts of definition of federalism, there is still no concept that covers all the cases of federal State, nor free of problems. The aim of this work is to contribute to the study of the topic, pointing the problems of the traditional theory and proposing another vision, based in the idea of similarity between separation of powers and federalism.

KEYWORDS: FEDERALISM. FEDERAL STATE. THEORY. CONCEPT.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A ESTRUTURA DO FEDERALISMO	11
1.1 Colocação do Problema: A visão dominante e suas contradições	11
1.2 Enfrentando-se as Contradições do Modelo Predominante: Constituição Federal como Constituição do <i>Estado como um todo</i>	18
1.2.1 Federalismo como forma de separação de poderes	32
1.2.2 Os órgãos do Estado como um todo	40
1.2.3 A Constituição da União e a dos estados	53
1.2.4 O Estado federal é uno e indivisível; não é mera união de coletividades	58
1.2.5 O município e o federalismo brasileiros	62
2 O QUE DEFINE O FEDERALISMO	64
2.1 Em Busca dos Elementos Essenciais do Federalismo	64
2.1.1 Bicameralismo	65
2.1.2 Repartição constitucional de competências	68
2.1.3 Controle jurisdicional de constitucionalidade	68
2.1.4 Rigidez constitucional	71
2.1.5 Competência residual dos estados-membros	73
2.1.6 Forma republicana	75
2.2 A Diferença entre Federalismo e Unitarismo	76
3 A VISÃO DE HANS KELSEN	87
CONCLUSÃO	99
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUÇÃO

Questão das mais complexas e tormentosas é a do Estado federal. Este é um tema amplamente discutido desde seu aparecimento na trilha das experiências revolucionárias das Treze Colônias, nos diferentes pontos do planeta; e, mesmo assim, este ainda é um assunto polêmico, não de todo resolvido.

Esse trabalho defende uma concepção de federalismo. A solução talvez seja encarar o problema a partir do ponto de vista jurídico: analisar sua estrutura jurídica, o complexo de normas que define o que é ou não Estado federal; questionar o que, juridicamente, diferencia o federalismo de outros fenômenos.

Uma análise realmente completa do federalismo requer muitos outros elementos além daqueles que são aqui utilizados, como uma análise cuidadosa dos escritos dos diferentes autores clássicos sobre a temática, defensores de propostas completamente distintas; ou uma análise do problema a partir do ponto de vista histórico, focando-se nas diferentes questões das distintas épocas por que passou o fenômeno, levantando-se como os diversos contextos históricos moldaram o modo pelo qual encaramos o problema.

Não se nega, de modo algum, a importância de um estudo do federalismo que leve em conta aspectos como esses. Uma análise pautada nesses termos, todavia, demandaria uma pesquisa e um trabalho acadêmico que em muito excederiam o âmbito de um trabalho de conclusão de curso. Opta-se, dessa feita, por delimitar o estudo a uma análise jurídica do Estado federal, com o intuito de identificar os elementos essenciais dessa forma de Estado.

Principiará esse trabalho expondo, brevemente, distintas visões de federalismo, entre elas a dominante. Levantar-se-ão as insuficiências e contradições dessa concepção.

Depois, propor-se-á uma visão alternativa, tendo, por ponto de partida, a ideia de semelhança entre separação de poderes e federalismo, amplamente difundida na doutrina. A partir dela, buscar-se-á abordar diferentes elementos do debate sobre o federalismo, como unidade estatal, unidades constituintes do federalismo, elementos essenciais dessa forma de Estado, município e forma unitária. Far-se-á, ao longo do trabalho, referência a autores com ideias semelhantes à aqui defendida, sendo dada maior atenção a Hans Kelsen na parte final da monografia.

Assim, almeja-se contribuir para a questão da definição do Estado federal.

1. A ESTRUTURA DO FEDERALISMO

1.1 Colocação do Problema: A visão dominante e suas contradições

Fenômeno dos mais complexos, nos mais diferentes campos do saber - como Teoria Política, Teoria do Estado e Direito - é o federalismo. Desde seu surgimento, durante o processo de consolidação das experiências revolucionárias das Treze Colônias, tem o tema despertado discussões, nos mais diferentes espectros: político, sociológico, histórico. Tome-se, por exemplo, todo o debate a respeito da ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América, em substituição aos Artigos da Confederação, consubstanciado no embate entre os artigos de jornal que, posteriormente, viriam a ser, em conjunto, denominados *The Federalist* e *The Anti-Federalist*. Sendo tema tão fortemente ligado ao campo político, não poderia deixar de ter seus reflexos no saber jurídico; seja na esfera prática, relativa às particularidades de cada sistema federal, seja na teórica, relacionada à definição do próprio federalismo, e às suas consequências gerais.

Nesse diapasão, questão das mais desafiantes é a definição do próprio Estado¹ federal. Uma vez que ela faz referência ao fenômeno federal em si, não se circunscrevendo a determinada experiência particular no tempo e no espaço, possibilita uma ampla variedade de contribuições ao debate, advindas dos mais diversos meios jurídicos – o que em muito aumenta a qualidade e a complexidade do debate.

Apesar dessa ampla variedade de contribuições (ou, no fim, por causa dela), e apesar da longevidade do fenômeno, a questão federal está longe de se encontrar resolvida: há ainda muitos problemas pendentes.

Diferentes visões surgiram, ao longo do tempo, sobre o federalismo. Anna Gamper discorre sobre algumas delas.

As primeiras são as teorias dualistas, que defendem que os estados componentes da federação têm, eles próprios, caráter estatal, embora seu caráter estatal seja diferente daquele que é possuído pelo Estado como um todo. Os estados federados têm esse caráter não

1 *Estado*, para fins desse trabalho, será entendido como construção política surgida na Modernidade, a qual se destaca pela concentração de poder e pelo monopólio do direito e da força. Desse modo, construções como *Estado romano* ou *Estado medieval* não são adequados, uma vez que o poder político dessas épocas não tinha a mesma lógica e estrutura do daquele surgido na Modernidade (nesse sentido, Seelaender, 2007, p.255). De maneira semelhante, *Constituição* não fará referência a todo e qualquer estrutura de organização política, mas só àquela surgida na Modernidade, usualmente com a redação de um documento, de caráter especial, que cria a estrutura do Estado.

porque sejam soberanos, mas por exercerem poder estatal, sem o qual não poderiam exercer suas competências através de suas próprias autoridades; de qualquer forma, esse poder é sempre exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Há aqui, portanto, uma dissociação entre poder estatal e soberania. Essa teoria é a que aparenta estar prevalecendo². Se, todavia, poder estatal é identificado com soberania, como é feito por vezes, problemas surgirão, uma vez que uma “soberania plena” dos estados-membros, tanto externa quanto interna, é incompatível com a ideia de federação, devendo-se entender que a soberania dos estados-membros é limitada (p.1301-2).

Como a soberania tem uma grande variedade de significados, ela é outro objeto de debate acadêmico. Alguns autores entendem que as unidades constituintes são soberanas, enquanto outros afirmam que elas são Estados, mas não são soberanas (Georg Meyer, Georg Jellinek, Siegfried Brie, Paul Laband) (GAMPER, 2005, p.1302-3).

De outra banda, há os autores da teoria do pacto constitucional, que entendem que apenas os estados federados, e não o Estado federal, realmente detém soberania (John Calhoun, Max von Seydel) (GAMPER, 2005, p.1303). Como os estados-membros são soberanos, não podem ser obrigados pelo poder central, daí advindo-lhes prerrogativas peculiares, a da nulificação e a da secessão. Exercendo o poder de nulificação, poderiam os estados se recusar a cumprir lei federal, porquanto soberanos, sendo livres para decidir se iriam seguir ou não normas federais³; já com o poder de secessão, poderiam os estados optar por se desvincular da federação, separando-se totalmente dela.

Gamper também menciona a teoria da descentralização da Escola Vienense do Positivismo Jurídico, segundo a qual as unidades constituintes não são nem Estados, nem soberanas, mas apenas unidades descentralizadas, sem que haja diferença qualitativa entre governo local (como cidade, município, comuna, etc.) e unidade constituinte de um sistema federal. Afirma-se também que o Estado nada mais é do que uma ordem jurídica (Adolf J.

2 Consoante essa linha, entende-se que o nível local, o município, cidade, etc., não constitui o Estado federal, apesar de ter ganho destaque, vindo mesmo, por vezes, a ser consagrado na Constituição – afirma-se que o nível local não tem as competências legislativas necessárias para se atingir os critérios determinantes para se ser unidade constituinte de um Estado federal (2005, p.1304-5).

3 Tome-se, por exemplo, Calhoun: entende o autor que as pessoas são egoístas e competitivas, e que o governo é criado para proteger o indivíduo de ações arbitrárias de outras pessoas. O governo, contudo, pode ser também causador de arbítrio. Para impedir isso, deve ele ser, por sua vez, limitado pela Constituição, a qual prevê a existência do sufrágio e a de sociedades distintas, devendo todas ter o poder de veto sobre os atos do governo comum, para que se possa verdadeiramente evitar o arbítrio (2007, p.38-9). O governo pautado nessas duas características é o que o autor denomina governo constitucional (2007, p.39).

Merkel, Hans Kelsen, Robert Walter, Rudolf Thienel) (2005, p.1303).

Outra concepção de federalismo listada pela autora é a do “federalismo de três círculos” (*three-circle-federalism*), segundo a qual existem não apenas as ordens jurídicas das unidades central e constituintes, mas também a do Estado como um todo (Hans Kelsen, Hans Nawiasky) (2005, p.1304).

No que tange à detença da soberania, o que prevalece atualmente é a visão da União soberana: o governo central é soberano, sobrepondo-se aos estados; estes, contudo, têm sua esfera própria de autonomia, na qual estão livres dos desígnios federais, decidindo como irão agir - a União não deveria, a princípio, invadir a esfera de autonomia estadual. União e estados possuem em muitos aspectos igualdade jurídica, de modo que não podem invadir a esfera de atribuições um do outro. A Constituição Federal é a norma suprema do Estado, devendo todas as outras, inclusive as constituições estaduais, ser conforme a ela. O poder constituinte pertence à União, podendo ela moldar as instituições políticas. A União altera a Constituição; há participação por parte dos estados, uma vez que eles compõem o Senado, mas quem altera a norma última do ordenamento é a União. União, ou União Federal, implícita ou explicitamente, é tida como o mesmo que o Estado Federal (Nesse sentido, MENDES; BRANCO, 2012, p.856; FERREIRA FILHO, 2011, p.83; DALLARI, 2012, p.256; PINTO FERREIRA, 1989, p.374; HELY LOPES MEIRELLES, ALEIXO, BURLE FILHO, 2012, p.63).

A ideia básica da federação é que ela é constituída pela oposição entre União e estados, tendo cada um a sua constituição; no fim, contudo, a Constituição Federal prevalece sobre as estaduais, sendo superior a elas. Como é a Constituição Federal que estabelece a repartição de competências entre União e estados, é a União quem possui a chamada *Kompetenzkompetenz*, ou competência para estipular as competências entre entes.

Segundo esse modelo, de maneira geral, o federalismo tem uma série de características próprias, por exemplo: existência de uma segunda câmara no legislativo federal, na qual os estados-membros são representados; igual representação dos estados-membros nessa segunda câmara, influenciando eles na formação da vontade federal, inclusive tendo voz nas alterações constitucionais; repartição constitucional de competências, sendo a Constituição Federal o *locus* da fixação das competências de cada membro; interpretação da Constituição Federal a cargo de uma corte constitucional federal, a qual dá a última palavra

quanto a ela; necessidade de forma republicana na federação, uma vez que o federalismo seria incompatível com a forma monárquica; necessidade de uma constituição rígida; designação da competência residual aos estados-membros.

Essa visão é a predominante em diferentes países. Todavia, apesar de ser amplamente aceita pela doutrina, ela não deixa de ter problemas para definir o que é federalismo. Não há um rol definitivo de características do federalismo: os autores tendem a definir diferentes conjuntos de características como necessários para a existência de um Estado federal.

Isso não escapa a Gamper (2005, p.1298). Em suas palavras:

Quite paradoxically, there exists hardly any acknowledged definition of the institutional criteria of a federal state in the international arena, although the extract of many definitions reveals a common standard with only marginal differences. According to this common institutional standard, the distribution of powers between the central and the constituent units, the participation of the constituent units at the central level of legislation, the constitutional autonomy of the constituent units, fiscal equalisation as well as intergovernmental instruments are inherent in every federal state^{4, 5}.

Assim sendo, é de chamar a atenção esse dissenso: se essa visão tradicional do federalismo é geralmente aceita, por que não se consegue definir de uma vez, de uma forma única e uniforme, os elementos constitutivos dessa forma de Estado? Ora, qualquer conceituação de federalismo não pode fugir da determinação de quais são os seus elementos essenciais – não faz sentido definir algo sem dizer o que é ou não necessário para sua existência.

No fim, a visão tradicionalmente aceita só responde o problema pela metade - paradoxalmente, apresenta uma ideia de federalismo sem dizer o que o constitui. Só isso é o bastante para questionar o modelo utilizado. A própria existência desse desacordo quanto aos elementos constitutivos do federalismo parece indicar que, talvez, se esteja seguindo a pista errada; que, talvez, o modelo predominantemente aceito seja inadequado. Se é adequado, explicando o fenômeno, porque não consegue defini-lo de uma vez por todas? Por que a

4 Um tanto quanto paradoxalmente, praticamente inexistente uma definição reconhecida dos critérios institucionais de um Estado federal na arena internacional, apesar do conjunto de muitas definições revelar um padrão comum, com diferenças apenas marginais. De acordo com o padrão institucional comum, a distribuição de poderes entre as unidades centrais e constituintes, a participação das unidades constituintes no nível central de legislação, a autonomia constitucional das unidades constituintes, equalização fiscal, assim como instrumentos intergovernamentais, são inerentes a todo Estado Federal (Tradução nossa).

5 Prosseguindo, a autora afirma que, no fim, esses elementos podem ser resumidos a dois: distribuição de poderes e participação das unidades constituintes no nível central.

doutrina que apóia essa concepção não alcança um consenso em torno dos elementos essenciais dessa forma de Estado? Como pode o consenso quanto ao modelo conviver com o dissenso quanto aos elementos constitutivos desse próprio modelo?

Mais do que isso, o modelo tradicional tem suas próprias contradições. Ele cria uma série de problemas, dos quais não dá conta.

Um deles é a total incompatibilidade entre supremacia da Constituição da União e igualdade jurídica entre União e estados. Se ambos os entes são iguais, possuindo cada um sua esfera própria de atribuições, como é que suas constituições não possuem a mesma posição hierárquica? Se ambos são juridicamente iguais, tendo apenas atribuições diferentes, como é que a constituição de um pode ser hierarquicamente superior à de outro?

Outro grande problema é a esfera de autonomia dos estados-membros ser infensa às invasões de competência da União. Se a União é soberana enquanto os estados são autônomos, como é que a autonomia estadual pode bloquear a soberania federal? Soberano é aquele que não encontra iguais ou superiores na esfera interna do Estado. Como conciliar uma suposta soberania da União com esse bloqueio, com essa incapacidade de agir dentro da esfera de competências estaduais?

Federalismo é nada mais do que uma forma de Estado. É uma opção que se faz quanto a determinadas características de um Estado, havendo outras opções, como o unitarismo. É perfeitamente possível a existência de um Estado que não seja uma federação. Mas, por outro lado, todo Estado necessita de um poder constituinte originário, o qual o cria juridicamente, sendo o marco zero de seu ordenamento jurídico. É o poder constituinte, quer originário, quer derivado, que define a forma de Estado.

Dentro desse quadro, cumpre perguntar: como é possível o poder constituinte originário pertencer à União? De que forma poderia, portanto, a União existir antes mesmo de se definir a forma de Estado? Cria-se uma tautologia: como deteria a União o poder constituinte, se é este que, optando pela forma federal de Estado, cria União e estados? Pode a União criar a União? De que modo é viável um modelo que parte de um raciocínio circular?

A União não pode invadir a esfera de competências estaduais. Ela tem seus limites, existindo e sendo definida em função deles. A União, por um lado, tem seus limites encarnados pelos estados e, por outro, é detentora do poder constituinte originário. Como é que pode a União existir – e, conseqüentemente, existirem seus limites baseados nas

autonomias estaduais – antes mesmo de se decidir a forma de Estado, antes mesmo de haver estados-membros, os quais criariam os limites da União?

A União tem um papel confuso nesse modelo: ou ela é bloqueada pela autonomia estadual, ou pode passar por cima dos estados – um ou outro ocorre na medida em que se está ou não a mexer na Constituição. No nível legal, a União deve respeitar as competências estaduais; no constitucional, pode ignorá-las completamente (dependendo se há ou não limitação de alteração constitucional quanto ao federalismo). Por que essa ambivalência da União?

O modelo força uma diferenciação teórica intransponível entre estados unitários e estados federais, o que não pode acontecer. Afinal, ambos são igualmente Estados – o federal é tão Estado quanto o unitário. Ambos são Estados, sendo a decisão quanto a sua forma meramente accidental. Devem esses ter uma estrutura comum, pelo menos até a escolha da forma de Estado. Mas pelo modelo correntemente defendido, não há nada em comum. O que há é a União criando a federação, já que possui o poder constituinte; um Estado unitário não pode adotar a mesma concepção, uma vez que não possui União. Deve adotar alguma outra concepção qualquer. Se ambos são igualmente Estados, por que não há uma estrutura comum? Por que não se parte de uma estrutura comum, a qual, em algum momento, se diferencia entre federalismo e unitarismo?

Todos esses problemas são decorrência direta da visão tradicional do federalismo, no qual a União é soberana e os estados são autônomos. Essa visão não tem como se dissociar das questões aqui levantadas.

Por outro lado, parte da doutrina defende uma visão alternativa do federalismo, segundo a qual tanto a União quanto os estados-membros são autônomos, sendo soberano o Estado Federal, sujeito de Direito Internacional, o qual age através dos órgãos da União na arena internacional. O Estado Federal, com isso, é a junção da União e dos estados (nessa senda, AFONSO DA SILVA, 2009, p.493; BASTOS; MARTINS, 1988, p.220; MORAES, 2012, p.289; BASTOS, 2004, p.238).

Essa visão, contudo, não é livre de inconvenientes: ela nada mais faz do que misturar pontos de vista completamente distintos, o interno e o externo. Que, do ponto de vista externo, o Estado é soberano, isso é fora de dúvida; nesse aspecto, não há diferença entre federalismo e unitarismo - não se questiona isso. Mas internamente não se resolve a questão.

Tem que se demonstrar, do ponto de vista interno, qual das diferentes coletividades é soberana.

Ao se defender a ideia de que a soberania cabe ao Estado sujeito de Direito Internacional, e não aos entes internos, diz-se que internamente há apenas entes autônomos, o que é insustentável. Tem de haver internamente algo superior que crie os entes autônomos, uma coletividade com esses poderes. A soberania também existe do ponto de vista interno, de modo que é preciso que haja um soberano nas relações internas.

Esse ponto de vista, por exemplo, não explica a repartição de competências, como ela é criada, nem o que pode alterá-la. Do mesmo modo, quem cria a Constituição? Ou a própria União e os estados-membros? Não há como afirmar que a União é que cria tudo, pois não há como um ente autônomo decidir a extensão da própria autonomia, nem a de outro ente com que esteja em relação de coordenação.

Se for o Estado sujeito de Direito Internacional, abandona-se a ótica externa, e passa-se a uma interna, já que a coletividade passa a agir internamente, sem ter qualquer relação com a arena internacional. Deve-se ter por resposta um elemento interno do Estado, não se podendo usar o Estado do ponto de vista do Direito Internacional para se explicar como se dá internamente a divisão de atribuições. São óticas distintas, que não podem ser simultaneamente utilizadas. Só se pode utilizar uma de cada vez.

A federação é muito mais do que mera soma da União e dos estados: necessita ela de algo a mais, algo que os crie e conforme juridicamente. Por isso, essa visão não é procedente.

Como visto, o modelo tradicional do federalismo, que defende que os estados-membros são autônomos, sendo a União soberana, padece de dois grandes problemas: primeiro, ele não explica a fundo o que é federalismo – define uma ideia geral, mas não define quais são suas características essenciais; segundo, é eivado de contradições e de tautologias, de indefinições teóricas que o comprometem definitivamente.

O modelo da União soberana e dos estados-membros autônomos não dá conta do problema. Faz-se necessária uma outra abordagem, a qual possa, satisfatoriamente, responder a todas as questões aqui postas. É a isso que se propõe o presente trabalho, assim como a resgatar o trabalho de outros autores que, de um jeito ou de outro, com maior ou menor exatidão, apontaram na mesma direção.

1.2 Enfrentando-se as contradições do modelo predominante: Constituição Federal como Constituição do *Estado como um todo*

Como visto no último ponto, o modelo tradicional de federalismo possui uma série de problemas. Não há como a União criar toda a estrutura federal, da qual é parte. Não há como se ignorar a estrutura comum entre Estado federal e Estado unitário, como correntemente se faz. Não há como a União ser superior e igual aos estados-membros. No fim, o grande problema que existe no modelo tradicional é a ambivalência de papéis da União: ora ela é superior, ora ela é igual aos estados-membros.

A solução para esse problema já foi indicada há muito tempo, ainda que isso não tenha sido notado pela doutrina em geral. Por vezes, afirma-se que, no fim, federalismo e separação de poderes são o mesmo fenômeno, apenas pautado em critérios diversos. Assim, afirma-se que a separação de poderes é uma repartição horizontal de funções, enquanto o federalismo é uma repartição vertical (MENDES; BRANCO, 2012, p.860-1; GAMPER, 2005, p.1308); que a “Federação nada mais é do que a transplantação para o plano geográfico da tripartição de poderes, no plano horizontal, de Montesquieu” (BASTOS; MARTINS, 1988, p.215); que a separação de poderes é descentralização orgânica do poder político, enquanto o federalismo é sua descentralização espacial (PIOVESAN, 2010, p.80); ou, menos diretamente, que “a descentralização é também uma fórmula de limitação do poder. É geradora de um sistema de freios e contrapesos propícios à liberdade” (FERREIRA FILHO, 2011, p.79).

Há uma grande relação entre separação de poderes e federalismo: ambos são forma de desconcentração do poder político. Busca-se multiplicar o número de instâncias que exercem o poder, de modo que cada uma tenha poderes menores, em vez de se acumulá-los em apenas um nível. Assim, da mesma forma que a separação de poderes minora o acúmulo de poder, o mesmo faz o federalismo.

Deve-se, todavia, notar que há mais do que isso. Tanto a separação de poderes quanto o federalismo têm assento constitucional. É a Constituição que os determina, derivando cada poder e cada ente da federação diretamente dela as suas atribuições.

Se ambos são, no fim, o mesmo fenômeno, só se alterando o critério segundo o qual ele ocorre, é de se esperar que sejam vistos de maneira semelhante, de maneira paralela; não é o que ocorre, contudo. Por um lado, entende-se que os resultados da desconcentração de

poder conforme critérios orgânicos, *i. e.*, os poderes da tripartição, não bastam para explicar a dinâmica do Estado, nem toda a sua estrutura - junto com os poderes da tripartição, entende-se que existe algo mais, algo superior que juridicamente os crie e os conforme: o poder constituinte. Por outro lado, no que tange ao federalismo, não se entende que haja algo superior, que crie e conforme os resultados da desconcentração de poder segundo critérios territoriais, *i. e.*, União e estados.

Há, assim sendo, um grande descompasso nas maneiras em que se concebem a separação de poderes e o federalismo, em que pese ambos serem vistos como fenômenos semelhantes. Se se entende que os poderes da tripartição não explicam todo o fenômeno, recorrendo-se a algo superior, o poder constituinte, não há porque não se encarar o federalismo da mesma maneira; deve-se, portanto, entender que há uma coletividade superior que cria e conforma as coletividades do Estado federal.

Não se nega que uma explicação de Estado federal, para ser funcional, necessite de dois elementos. Ao mesmo tempo que necessita de um ente central superior que dê toda a unidade ao modelo, necessita de um ente central em pé de igualdade em relação aos estados-membros, de modo que esse ente central e os estados-membros não possam invadir um a esfera do outro. Mas o que não pode ocorrer é a confusão entre eles: o que é superior não é igual, o que é igual não é superior⁶.

É necessária a existência simultânea de uma figura superior, que unifique o modelo, e de uma igual aos estados, que se apresente como antípoda aos poderes locais. A única solução, pois, é dissociar as duas figuras. Deve haver dois entes. O que corresponde ao governo central (em oposição aos governos locais) é a União. O que corresponde à figura superior, unificando todo o Estado e detendo o poder constituinte, criador da União e dos estados, é um ente superior a eles – é o *Estado como um todo*. Há dois entes, assim como os poderes legislativo e constituinte são dois poderes distintos. Assim, há um paralelismo entre as duas formas de desconcentração do poder: o poder constituinte cria e conforma os poderes da tripartição; o *Estado como um todo*, por sua vez, faz o mesmo com os entes da federação.

O *Estado como um todo* é o ente superior que cria e coordena as ordens jurídicas

6 Há mesmo quem expressamente reconheça o duplo sentido de *União*, a qual, em sentido amplo, abrange a esfera do regime federal dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, enquanto em sentido estrito compreende o governo federal (PINTO FERREIRA, 1989, p.417). Não obstante, o autor é adepto da visão tradicional de que a União é soberana, sendo os estados autônomos.

inferiores, isto é, os estados-membros e a União. Os estados e a União existem única e exclusivamente por obra do *Estado como um todo*, nos moldes por ele determinados. Sua existência é necessária do ponto de vista lógico-jurídico, uma vez que ele é o fecho do sistema, coordenando a União e os estados-membros.⁷

O poder constituinte, seja originário ou derivado, pertence ao *Estado como um todo*. Quem age no nível constitucional é ele, não a União. A União é mera criatura, totalmente subordinada a ele, assim como os estados-membros o são. O que é conhecido por Constituição Federal é não a constituição da União, e sim a constituição do *Estado como um todo*.⁸

Falar de uma coletividade superior que cria a União e os estados-membros não é afirmar que o federalismo é composto por três tipos de entes. Primeiro, porque isso pressupõe que pode haver apenas dois tipos de entes, União e estados, o que, como se verá, não é verdade; segundo, porque não há oposição entre *Estado como um todo*, por um lado, e União e estados-membros, por outro. Estes são parte daquele. Estão contidos nele, sendo meras emanções suas. Os estados-membros e a União são meros desdobramentos do *Estado como um todo*, assim como as províncias são coletividades inferiores num Estado unitário.

Desse modo, a União não é soberana: soberano é o *Estado como um todo*. A União é, tal quais os estados-membros, autônoma. O *Estado como um todo* é soberano, é um poder que determina sua própria esfera de prerrogativas; a União, assim como os estados, tem sua esfera de atribuições determinadas por um poder que lhe é exterior, sendo apenas autônoma. O *Estado como um todo*, soberano, cria a União e os estados-membros, autônomos.

Deve-se, contudo, atentar para o fato de que o *Estado como um todo* só é soberano em termos. Quando se diz que ele é soberano, sobrepondo-se-o a estados e União, diz-se isso somente no sentido de que ele é a coletividade última do Estado, não havendo nenhuma que lhe seja superior ou igual. Em última análise, não faz sentido dizer soberano algo que é construído. A soberania é um poder que pertence ultimamente a uma pessoa ou

7 Não se pode usar como argumento contrário a essa estrutura o fato de a Constituição brasileira não prever a existência de tal entidade superior. Não se contesta a existência do poder constituinte derivado no Brasil, mesmo a despeito de a CRFB não prever sua existência. Ela não a prevê, uma vez que as disposições referentes à alteração da Constituição encontram-se no capítulo referente ao poder legislativo, não havendo qualquer menção a poder constituinte derivado. Apesar disso, a existência do poder constituinte derivado é necessária no Brasil, já que a Constituição prevê o procedimento através do qual ela pode ser alterada.

8 Não que o termo, por isso, seja errôneo. Basta entender que o adjetivo “federal” refere-se à locução adjetiva “da Federação”, e não à “da União”.

conjunto de pessoas, e não a uma construção⁹⁻¹⁰.

Desse modo, a rigor, nem o *Estado como um todo*, e muito menos a União, são soberanos. Soberano é quem exerce o poder último; no caso do Brasil, é o próprio povo. O povo é soberano, podendo decidir seu próprio destino.

Exercendo o poder constituinte originário o soberano refunda juridicamente o Estado, alterando a estrutura do Estado até então existente¹¹ (ou cria um novo, caso não haja previamente um Estado, ou caso ocorra cisão territorial num Estado previamente existente). Poder constituinte originário e *Estado como um todo* ligam-se claramente. Ao se exercer o poder constituinte originário, tem-se uma organização mínima, um governo mínimo sobre a população de determinado território; não há como dissociar um do outro, já que exercer o poder constituinte originário implica, necessariamente, exercer certo poder sobre as pessoas de determinado lugar. O *Estado como um todo* já existe nesse momento, ainda que um tanto quanto desorganizado – ele existe, e exerce seus poderes, só que sem uma regulação constitucional. Só se encontrará plenamente organizado após a efetiva criação da Constituição. Em se optando pela forma federal de Estado, criam-se a União e os estados-membros, os quais se subordinam diretamente ao *Estado como um todo*.

O *Estado como um todo* é estrutura máxima, situada acima de todas as outras. Nesse sentido, somente nesse sentido, ele pode ser considerado soberano. Isso é como dizer que determinado Estado democrático é soberano na esfera internacional, em vez de dizer que o seu povo o seja (embora haja uma diferença de enfoque: na esfera do Direito Internacional,

9 Em última instância, dizer que uma construção é soberana, como se pode fazer com a União, ou com o *Estado como um todo*, por exemplo, é esvaziar a discussão, retirando a soberania do povo, ou de outros candidatos ao posto de soberano. Stolleis (2001, p.64-6) explica isso muito bem, expondo que, no século XIX, a afirmação de soberania do Estado, e não do povo ou do monarca, adotando-se uma posição intermediadora, foi um jeito de encerrar a discussão de quem detém o poder último, evitando-se o debate. Desse modo, a antinomia entre soberania do príncipe e soberania do povo, bem presentes à época, foi dissolvida na neutralizante soberania do Estado (2001, p.344).

10 De modo semelhante, Bercovici, baseando-se em Aragón Reyes, assevera: “Afirmar a soberania da constituição é falsear a titularidade democrática da soberania, substituindo a soberania do povo pela soberania do direito. O princípio da soberania popular significa que a constituição é fruto da soberania popular, e não o contrário. Negar a soberania popular é separar a constituição da soberania, pretendendo um sistema jurídico autoregulado e partindo da visão do direito limitado a mero exercício interpretativo (2008, p.20).

11 Segue-se aqui Bercovici, o qual afirma que a “...Constituição, na realidade, não estabelece um Estado, mas propõe a realização de um modelo de Estado” (2008, p.19). “A Constituição do Estado constitucional pressupõe um Estado já pré-existente. Afinal, o Estado constitucional é um Estado, como ressalta Isensee. Não há, ainda, constituição sem Estado. O Estado constitucional conserva a estrutura básica do Estado monárquico que o antecede, acrescentando a legitimação democrática do poder político, com a soberania constituinte do povo” (2008, p.19)

o foco é a ausência de entidade superior; na do Direito interno, a ausência de entidade que seja igual ao *Estado como um todo*).

Utilizando-se da concepção aqui defendida de federalismo não há problema em a Constituição¹² Federal ser hierarquicamente superior às constituições estaduais. Aquela pertence ao *Estado como um todo*, superior – mais que isso, soberano –, enquanto estas pertencem aos estados, hierarquicamente inferiores. Não há igualdade entre esses entes, de modo que é compreensível que suas respectivas constituições tenham posições hierárquicas distintas.

Do mesmo modo, não há nenhum problema no fato de a autonomia dos estados bloquear as ações da União: esta é autônoma, e não soberana. Esta, por definição, tem seus poderes limitados, não havendo óbice algum no fato de ela encontrar limites nas autonomias estaduais. E, por outro lado, o *Estado como um todo*, o qual é soberano, pode claramente desconsiderar as autonomias estaduais. O poder constituinte pode perfeitamente fazê-lo.

O poder constituinte está ligado ao *Estado como um todo*, não à União. Ele se manifesta e cria a Constituição, a qual opta pela forma federal de Estado; em o fazendo, cria a União e os estados-membros. A União não detém o poder constituinte. Ela é criatura, é sempre objeto do poder constituinte.

Outro problema em se dizer que a União cria o poder constituinte, tal qual se faz na teoria tradicional (por exemplo, MENDES; BRANCO, 2012, p.856; FERREIRA FILHO, 2011, p.83; DALLARI, 2012, p.256; PINTO FERREIRA, 1989, p.374; HELY LOPES MEIRELLES, ALEIXO, BURLE FILHO, 2012, p.63), é o fato de a própria existência da União pressupor a dos entes aos quais é contraposta, *i. e.*, os estados-membros. Ou seja, consoante a visão dominante, os estados-membros devem existir antes mesmo do exercício do

12 Convém exprimir o que entendemos por Constituição. Ela é o conjunto de normas últimas de um Estado, independentemente de elas estarem encartadas ou não num documento denominado *Constituição*. O que define a posição hierárquica de uma norma é a sua forma, e não o seu conteúdo. Geralmente, as normas últimas de um ordenamento jurídico são criadas mediante determinado procedimento rígido, mas nada impede que haja exceções expressamente previstas no texto constitucional (como as Emendas Constitucionais de Revisão previstas no art. 3º do ADCT), ou mesmo que diferentes tipos de normas constitucionais sejam criadas através de procedimentos distintos (como ocorria no art. 178 da Constituição de 1934). Desse modo, fazem parte da Constituição no Brasil as normas incluídas no documento denominado *Constituição*, as Emendas Constitucionais, as Emendas Constitucionais de Revisão e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados mediante procedimento de reforma constitucional. Deve-se ressaltar que, apesar de geralmente as emendas alterarem o texto do próprio documento *Constituição*, por vezes partes delas não são incluídas no documento, tal qual ocorre com o artigo 2º da EC nº 8 e com o artigo 3º da EC nº 9.

poder constituinte, e da subsequente decisão entre federalismo ou unitarismo, o que é insustentável. Isso não ocorre na visão de federalismo aqui defendida, uma vez que o poder constituinte não pertence a ela, e sim ao *Estado como um todo*, vindo a União (e também os estados) a ser criada apenas num momento posterior, com a ação do poder constituinte e a opção pelo federalismo.

A União não tem um papel confuso nem ambivalente: ela simplesmente é um ente subordinado, autônomo, em relação de igualdade jurídica com os estados-membros. Ela estará em relação de igualdade em relação aos estados, não sendo nunca superior a eles: ela não pode ultrapassar a autonomia estadual.

O modelo aqui proposto não leva a uma diferenciação teórica intransponível entre Estados unitários e Estados federais: ambos têm uma origem comum. Em ambos os casos, o soberano propriamente dito exerce o poder constituinte originário, e ao fazê-lo, concomitantemente cria o *Estado como um todo*, ainda que desorganizado. No seu processo de organização, acaba-se decidindo a forma de Estado, unitária ou federal. Em se optando por esta, criam-se União e estados-membros, detentores de igualdade jurídica. Caso se escolha a forma unitária, por outro lado, cria-se um governo central hierarquicamente superior aos eventuais governos locais. Estados federais e unitários são todos estados, tendo ambos uma origem comum, uma estrutura comum. As diferenciações surgem apenas após a conclusão da Constituição.

No federalismo, há repartição de competências entre União e estados-membros, sendo cada um responsável por suas matérias. O federalismo, no fim, nada mais é do que repartição de competências com base em critérios territoriais e materiais. Cada ente possui seu próprio território, e dispõe de suas próprias atribuições¹³.

Outras repartições de competências pautadas em critérios distintos do territorial e material são mesmo possíveis – só não se costuma realizá-las. E, mesmo quando elas são feitas, não se costuma denominá-las federalismo. Mas, no fundo, o fenômeno é o mesmo, só mudam os critérios com os quais ele opera – até se poderia, no fim, falar de um federalismo *lato sensu*.

13 O critério territorial não é tão relevante para a União, uma vez que ela opera em todo o território estatal, mas é decisivo para os estados-membros, de modo que não pode ser ignorado no estudo do federalismo. Cada estado-membro tem um território próprio, no qual ele é o único estado que pode agir, estando livre da ação dos demais estados-membros.

É perfeitamente viável, por exemplo, uma repartição de competências com base em critérios materiais e pessoais. Não é outra coisa que faz o chamado “novo constitucionalismo latino-americano”¹⁴ ao estabelecer que povos chamados originários poderão criar suas próprias normas em relação a determinados temas. Os critérios materiais são esses temas dos quais os povos ditos originários podem dispor; os pessoais, esses próprios povos considerados originários.

Sampaio Dória¹⁵ apresenta modelo bem similar ao aqui defendido, mas com o qual não se pode confundir. Para o autor, federalismo é um tipo de forma de Estado, ao lado da confederação e do unitarismo, em que há divisão entre o poder central e os locais. A União é, assim como os estados-membros, autônoma (1953, p.31), sendo as suas capacidades estabelecidas por um poder externo. Acima tanto da União quanto dos estados encontra-se a Nação, soberana, que os limita. Para o autor:

"E' que, acima dos poderes da união e dos estados ou províncias, subsiste intangível a soberania nacional. Esta soberania se concretiza na constituição, que supera às demais leis do país. Para vingarem as leis constitucionais, a nação têm, por órgãos directos, os órgãos da União, e, para reformas ou emendas à constituição, a nação têm, por órgãos directos, o poder legislativo da União, e os poderes legislativos dos estados." p.54

A Nação de Sampaio Dória, contudo, não é organização estatal, ou algo semelhante. Nação para o autor, é um conjunto de pessoas que tem não a raça, não o idioma em comum, mas sim uma unidade espiritual, a consciência de unidade histórica e aspirações de um futuro comum. Que tem um longo passado em comum e o mesmo destino coletivo (1953, p.52)¹⁶.

Por outro lado, soberania é poder último, é poder de constranger os demais,

14 Trata-se de movimento que ocorre em alguns países da América Latina, como Bolívia e Equador, pautado em ideias como a da plurinacionalidade e a da interculturalidade. Na Bolívia e no Equador, lança-se um novo olhar aos povos indígenas, buscando-se refundar o Estado, agregando-se elementos à configuração estatal tradicional, como reterritorialização, jurisdição indígena e oficialização do pluralismo jurídico RICKEN, 2011, p.242).

15 Antônio de Sampaio Dória nasceu em Alagoas em 1883, mas ainda na infância se mudou para São Paulo, onde atuou em diversas posições, como advogado, professor da USP, procurador do Tribunal Eleitoral de São Paulo, diretor-geral da Instrução Pública de São Paulo, ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Criador de uma escola modelo, era também estudioso de questões envolvendo o ensino e a aprendizagem. Autor eminentemente liberal, destaca-se na forte oposição a Getúlio Vargas, bem como na defesa dos interesses de São Paulo (FGV – CPDOC; AMORIM DE BARROS).

16 O autor explica que, nessa acepção específica, nação é sinônimo de povo. Este pode ter diferentes significados, com diferentes extensões, como conjunto de homens alistáveis como eleitores. De qualquer forma, nessa acepção, nação é sinônimo de povo, ambos não se confundindo só porque este se fragmenta, enquanto aquela é indivisível.

detendo três características: supremacia, uma vez que não há nenhum poder que lhe seja superior - “*O soberano, coagindo a todos, não é coagido por ninguém*” (1953, p.55); exclusividade, podendo existir apenas um poder soberano em cada espaço; auto-determinação, sendo o soberano o árbitro último de sua própria competência (1953, p.54-7).

Apesar disso tudo, Sampaio Dória amarra a soberania, afirmando que sua razão genética é “*...assegurar aos indivíduos que o formam, fazerem, ou deixarem de fazer o que, praticado ou deixado de praticar por todos, não arruine a sociedade, nem lhe obste o desenvolvimento*” (1953, p.83), sendo a liberdade jurídica a necessidade suprema das sociedades humanas (1953, p.87). Se o detentor do poder age de maneira diferente, se transviando das leis que regem a natureza das sociedades que sobrevivem, ela desnatura a soberania, corrompe-a (1953, p.83-4). Para Dória, o “*...exercício do poder público contra o direito que cada um tenha, de fazer, ou deixar de fazer o que, assegurado a todos, não prejudique a vida social, é flagelo e teratologia*” (1953, p.84).

O autor tem, portanto, uma visão fortemente individualista, não só estabelecendo um fim à soberania, mas também afirmando que cada um tem, independentemente do que estabelece o poder soberano, o direito de fazer ou deixar de fazer o que, assegurado a todos, não prejudique a vida social.

Assim, o federalismo em Sampaio Dória é duplamente amarrado, se comparado à concepção clássica: primeiro, ele limita a União, a qual não é mais soberana, e sim autônoma, atrelando-a a um nível superior - não de governo, mas da sociedade -, a Nação soberana¹⁷; segundo, ele, no fim, limita a própria soberania, estabelecendo-lhe o fim de garantia da liberdade individual.

Sampaio Dória também identifica outras características no federalismo. A União e os estados devem ter um poder próprio de organização política, dentro dos limites que a Nação soberana haja traçado na Constituição. Os estados devem participar na composição do Congresso Nacional de maneira proporcional na Câmara dos Deputados e com sufrágio igual no Senado Federal – em outras palavras, necessariamente haverá bicameralismo. As garantias

17 Interessante notar como essa limitação da União feita pelo autor lhe é interessante do ponto de vista político, uma vez que lhe permite se contrapor a governos federais como o de Getúlio Vargas, de quem era ferrenho adversário político, chegando mesmo Sampaio Dória a se recusar a ensinar sobre a Constituição de 37 em suas aulas de Direito Constitucional, declarando que o Estado Novo era uma “ofensa à decência humana e ao Direito Constitucional” (DULLES, 1984, p.90). Devido a sua resistência ao regime, foi por ele aposentado (1984, p.166).

dos direitos do homem devem ser, obrigatoriamente, asseguradas por autoridades federais (1953, p.19)¹⁸.

A proposta defendida nesse trabalho difere da visão de Sampaio Dória. Aqui o poder superior à União e aos estados-membros é uma esfera do Estado, não algo exterior à estrutura estatal. Não se defende, tampouco, que a soberania tenha um fim determinado.

Outro autor, Hans Nawiasky¹⁹ apresenta visão com alguma semelhança à aqui adotada. Como afirma Gamper, ele é um dos defensores do chamado “federalismo de três círculos”, segundo o qual existiriam três coletividades numa federação: o poder central, os poderes locais e um poder que envolve os demais, sendo-lhes superior.

Entende Nawiasky (1956, p.153-4) que tanto os estados-membros quanto a União são soberanos. Cada um teria competência para lidar com matérias distintas, sendo, na verdade, estados parciais (*Teilstaaten*) (1956, p.151), dotados de uma soberania relativa. O caráter relativo da soberania não é um problema para o esquema teórico do autor, porquanto defende que os Estados se subordinam à ordem jurídica internacional, inexistindo, a rigor, uma soberania absoluta (1956, p.150).

Caso se trate de federalismo originado da união de Estados até então soberanos, cada um deles renuncia a determinados poderes, os quais passarão a ser da União. Caso se trate de federalismo oriundo de um Estado até então unitário, o Estado abre mão de parte de suas competências, as quais passarão a ser dos novos estados-membros (1956, p.154-5). Há unidade no ordenamento porque cada lado tem o outro por referência, cobrindo cada um áreas diferentes, produzindo as diferentes ordens parciais a unidade (1956, p.155).

Se se entender por Estado Federal (*Bundesstaat*) a comunidade de Estados, o

18 Salta aos olhos como esse terceiro ponto convém tanto à sua visão fortemente liberal quanto à sua oposição a Getúlio Vargas.

19 Hans Nawiasky (1880-1961) foi estudioso do Direito Público. Positivista, mas sem seguir a linha de Hans Kelsen, foi grande defensor do federalismo, bem como da democracia representativa. Foi professor em várias universidades, tendo trabalhado nos anos 20 em Munique. Entre 1928 e 1930 foi membro do comitê constitucional da conferência dos *Länder* (estados-membros alemães), além de ter sido várias vezes incumbido de representar o governo bávaro perante o *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* (tribunal central da Alemanha). Judeu, foi perseguido pelo regime nazista, tendo vindo a se exilar em St. Gallen, na Suíça. Após a guerra, foi, junto com Wilhelm Hoegner, um dos pais da constituição da Baviera de 1946. Participou da Convenção de *Herrenchiemsee* para preparação da Lei Fundamental, a qual elaborou o projeto da atual Constituição alemã. Teórico do Estado federal, esse é um tema que recebe destaque em suas obras. Nawiasky, assim como Hans Kelsen, desenvolve o conceito de Estado federal com base nas exigências dogmáticas por precisão oriundas da metodologia do neokantismo (STOLLEIS, 2001, p.344; STOLLEIS, 2002, p.163; STOLLEIS, 2012, p.63 e 199; ZACHER).

todo, ele pode ser definido como a união de uma pluralidade de estados parcialmente competentes, os quais complementariam sua competências (*Zuständigkeit*) reciprocamente (1956, p.156). Essa união entre estados-membros e Estado central, a União, por se tratarem de entidades soberanas, dar-se-ia no plano do direito internacional. Desse modo, o ordenamento do Estado Federal, a Constituição, seria, na verdade, direito internacional especial, enquanto o direito internacional geral complementaria as suas lacunas (1956, p.156-7). Essa é a definição do autor de federalismo como sendo uma pluralidade, já presente em outras obras suas.

Entende Hans Nawiasky que os estados-membros devem necessariamente ser soberanos, sob pena de serem meros *Selbstverwaltungskörper*, unidades administrativas. Ter-se-ia, então, não federalismo, mas sim Estado unitário descentralizado (1956, p.153-4). Afirmar também que os estados-membros não teriam necessariamente a mesma competência: um poderia ter mais atribuições que os outros, como teria ocorrido, segundo o autor, na Alemanha Imperial (1956, p.151). Geralmente, haveria alternatividade na repartição de competências: a que um tipo de ente tem, o outro não teria, e vice-versa. Pode ocorrer também de nenhum ente ser competente para determinada ação. (1956, p.152).

Hans Nawiasky apresenta também sua concepção de federalismo na qual ele é uma unidade. De acordo com ela, o todo, constituído pela União (*Zentralstaat*) e pelos estados (*Gliedstaaten*), é um sujeito de direito, tendo seus próprios poderes (como *Hoheitsträger*), possuindo algumas competências próprias, como a delimitação de competências entre estados e União, regulação de seus direitos e deveres recíprocos, a criação e a alteração da Constituição. A representação do Estado no exterior, frente a outros Estados, também é tarefa sua (1956, p.159-60).

O que ocorre é que geralmente União e *Estado como um todo* têm os mesmos órgãos, o que ocultaria a diferenciação entre ambos (1956, p.160). Como isso não é percebido, tem-se a impressão de que a União é superior aos estados, o que leva à teoria da União soberana e dos estados autônomos. Mas, na verdade, existem duas figuras distintas. Na Suíça, o todo é descrito como “Confederação” (*Eidgenossenschaft*), enquanto o Estado central é denominado “União” (*Bund*); na Alemanha Ocidental, “República Federal” (*Bundesrepublik*) é utilizado para o todo, sendo “União” (*Bund*) usado para se referir ao Estado central (1956, p.160).

Entre as duas concepções, a do federalismo como pluralidade ou a do federalismo

como unidade, opta o autor pela segunda. Nawiasky afirma que a repartição de competências entre o Estado central e os estados-membros deve ser alternativa e complementar (o que vale para ambas as concepções). Por alternatividade, entende o fato de um lado renunciar a uma parte de suas competências, enquanto a outra a mantém; por complementaridade, o dever de um lado de preencher a competência renunciada pelo outro. Entende o autor que esses aspectos são um dever, uma obrigação imposta no federalismo por um ordenamento superior. Este só pode se vincular a uma esfera superior, o *Gesamtstaat* (Estado como um todo) (1956, p.161).

A versão aqui defendida difere da de Nawiasky por uma série de fatores. O Estado federal, segundo esse trabalho, é uma construção de cima para baixo: o poder constituinte decide acerca da forma federal, constituindo-a; parte-se do todo para se chegar às partes, chegando-se à União e aos estados, e não o contrário. Ademais, a existência de algo é definida por seus próprios limites: União e estados são definidos por suas competências, de modo que um não pode negociar com o outro a extensão de seus próprios poderes. O Estado federal basta por si mesmo, como pura estrutura estatal, sem qualquer tipo de dependência do direito internacional para vincular suas diferentes partes. Estados e União são autônomos, sem deter, qualquer um deles, qualquer tipo de soberania.

Hans Kelsen defende visões muito interessantes sobre o federalismo. Dada a profundidade que sua análise requer, ela será feita em separado, no fim desse trabalho.

O que se defende nesse trabalho tem suas consequências.

Segundo a concepção aqui defendida, o *Estado como um todo*, como coletividade superior, cria e conforma União e estados-membros. Partindo-se desse pressuposto, claro está que a União não pode possuir a capacidade de estabelecer competências dos entes. A *Kompetenzkompetenz*, ou competência para estabelecer as competências, pertence ao *Estado como um todo*, não à União.

Se se entende que poder central é aquele que se estende por todo o território estatal, em oposição a poder local, pode-se dizer que, no modelo proposto, há dois tipos de poderes centrais. Afinal, o *Estado como um todo*, naturalmente, estende sua autoridade e seu poder por todo o território estatal – é ele que garante a unidade estatal. Pode-se falar de um poder central superior, o do *Estado como um todo*, e de um poder central inferior, ou paritário em relação aos poderes locais, a União.

Pode-se também utilizar outra nomenclatura, que dê menos margem a confusão, e que seja mais baseada na tradição. Doravante, “poder central” fará, aqui, salvo menção em contrário, referência à União; “poder primário”, ao *Estado como um todo*. Assim, evita-se utilizar termo tradicional com um significado muito distinto daquele consagrado, ressaltando-se o caráter superior do *Estado como um todo*: este é primário, enquanto os demais, dimanados por ele, são secundários.

Como visto, os entes da federação existem nos termos em que o *Estado como um todo* determinar. Assim sendo, não é de modo algum imperativo no federalismo que os diferentes entes locais tenham sempre os mesmos poderes. Em outros termos, não é necessário que todos os estados-membros tenham as mesmas atribuições. Isso não é decorrência necessária do federalismo. Se ele é repartição de atribuições com base em critérios materiais e territoriais, nada impede que diferentes entes territoriais sejam responsáveis por diferentes matérias. Trata-se do que por vezes é denominado de federalismo assimétrico (GAMPER, 2005, p.1307).

Isso é o que ocorre, por exemplo, no Canadá. Em virtude de particularidades histórico-culturais, o Québec possui uma esfera de competências maior do que a das demais províncias. O federalismo é repartição de competências. As competências podem ser repartidas de diferentes modos, seja através de diferentes alocações de competências entre União e estados-membros, seja entre os estados-membros entre si, de modo que não tenham todos eles exatamente as mesmas atribuições. Tudo depende de como a repartição constitucional de competências é feita. O federalismo é extremamente plástico.

Também não é necessário que haja apenas um tipo de ente local num Estado federal. É perfeitamente possível a superposição de diferentes tipo de entes locais ao longo do território da federação. Pode-se, por exemplo, ter dois tipos de estados-membros, sendo que cada tipo de estado-membro é encarregado de cuidar de diferentes assuntos. Assim sendo, o território da federação é dividido simultaneamente entre esses diferentes tipos de estados, podendo ou não os territórios deles coincidirem.

Algo muito similar a isso ocorre na Bélgica. Devido a desentendimentos entre diferentes grupos culturais e linguísticos, a Bélgica passou a ser uma federação.

Naquele país, há dois tipos de entidades locais: comunidades e regiões. Enquanto aquelas estão relacionadas a grupos linguísticos, as regiões estão ligadas a aspectos

sócio-econômicos. Existem a região valona, a flamenga e a de Bruxelas, enquanto há a divisão entre as comunidades flamenga, francesa e alemã. E, como regiões e comunidades baseiam-se em critérios diferentes, seus territórios acabam por não coincidir totalmente (BIN; FALCON, p.33-4).

Essas duas espécies de entes locais, contudo, não constituem estados-membros – apenas as comunidades o são. Isso se dá porque as atribuições das comunidades são constitucionalmente previstas, nos artigos 127 e seguintes da Constituição belga. Já as atribuições das regiões são estabelecidas por leis de *quorum* qualificado, e não por normas constitucionais, consoante os artigos 39 e 4.3 da mesma Constituição (BIN; FALCON, p.34). Como se verá mais adiante, isso é essencial para determinar se se trata de uma federação, ou não.

Trata-se, contudo, de mera questão de forma: caso as regiões tivessem suas atribuições previstas pela Constituição, elas seriam verdadeiros estados-membros, totalmente livres das normas do poder central. Elas seriam, assim como as comunidades, estados-membros de uma federação. Questão de mero acidente, de mero detalhe: ter-se-ia então a existência de uma federação com dois tipos de entes locais.

A Bélgica mostra a imensa plasticidade do federalismo e a possibilidade da existência simultânea de mais de um tipo de ente local no mesmo território.

De qualquer forma, a experiência brasileira nada mais é do que prova dessa afirmação. Como melhor se verá mais adiante, os municípios são, no Brasil, entes da federação, assim como os estados. Embora eles tenham poderes e territórios muito diminutos, se comparados com aqueles dos estados-membros, isso em nada muda o fato de o território brasileiro, de fato, se compor simultaneamente de diferentes tipos de entes locais, os quais se superpõem territorialmente.

A repartição de competências também pode ser feita das mais diferentes formas, não havendo um modelo único.

Os diversos tipos de ente de uma federação são, em si, muito plásticos. Pode existir uma imensa gama de orientações constitucionais distintas, seja na repartição de competências entre entes, seja em outros aspectos. Por exemplo, não é inerente à União a possibilidade de só poder legislar de maneira uniforme para todo o território nacional. A princípio, quem pode o mais, pode o menos: se a União pode legislar para todo o território,

também pode, em tese, legislar apenas para parte dele, se assim desejar.

O artigo 151, I²⁰, é demonstração disso. Tanto é possível, em tese, a um ente criar norma de conteúdo não uniforme em todo seu território, que a vedação teve de ser inserida na Seção sobre as limitações do poder de tributar. Se, a princípio, não pudesse a União criar norma assim, essa proibição não teria razão de ser.

A parte final do mesmo inciso comprova que a União pode legislar de forma distinta em diferentes partes do território brasileiro. Ela abre exceção, permitindo que o governo central crie norma disforme se ela criar incentivos fiscais com o intuito de promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes partes do país, legislando diferentemente para distintas partes do território.

Essa possibilidade de norma disforme é explicada pelo modelo aqui proposto de federalismo: nele impera a plasticidade. O *Estado como um todo*²¹ tem uma imensa margem de abertura para decidir acerca das características dos entes da federação, sendo totalmente livre do ponto de vista jurídico.

Desse modo, federalismo é fenômeno no qual o *Estado como um todo* cria e coordena União e estados, e, se for o caso, municípios. Dessa forma, existem normas do *Estado como um todo*, da União, dos estados e dos municípios.²²

Como visto, esse trabalho parte da ideia de similaridade entre federalismo e separação de poderes, tradicional na doutrina. Iremos aprofundá-la agora.

20 Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País [...]

21 Seria interessante, talvez, dar uma denominação diferente ao *Estado como um todo*, mas não se achou termo melhor. “Estado total” pode transmitir a ideia errônea de estrutura totalitária, o que certamente não é o caso. “Estado integral”, por sua vez, corre o risco de parecer remissão ao integralismo, o que com certeza também não é o caso.

22 A rigor, existe um quinto tipo de norma no Brasil, que pode ser denominada *unitária*: são as normas ainda vigentes do tempo do Brasil Império, período em que o Estado era unitário. Exemplo claro disso é a parte não revogada do Código Comercial, de 1850. Todavia, esse tipo de norma é exceção, existente única e exclusivamente em virtude da combinação entre recepção de normas de outro período constitucional e inércia legislativa. Elas existem só porque *tempus regit actum*, não havendo invalidação da norma antiga, criada regularmente no regime anterior, frente aos novos requisitos de criação, nem conversão automática da norma antiga em norma nova que siga as novas condições formais de sua criação: a norma antiga prevalece, tal qual foi regularmente criada. Elas só deixam de existir, no Brasil, com edição de novas normas por parte dos entes federativos para tal competentes (no caso da parte não revogada do Código Comercial, com criação de lei federal que discipline o mesmo tema).

1.2.1 Federalismo como forma de separação de poderes

Segundo vários autores, o federalismo nada mais é do que uma divisão de atribuições baseada em critérios territoriais e materiais (MENDES; BRANCO, 2012, p.860-1; BASTOS; MARTINS, 1988, p.215; PIOVESAN, 2010, p.80; FERREIRA FILHO, 2011, p.79). Outras possibilidades de divisão, pautadas em critérios diversos, também seriam, no entanto, possíveis.

Correlacionam-se, para tais doutrinadores, o federalismo e a separação de poderes. Ambas seriam descentralizações, com base em critérios distintos: orgânico e espacial. Enquanto o federalismo é descentralização pautada em critérios espaciais, a separação de poderes o é com base em critérios orgânicos (por todos, PIOVESAN, 2010, p.80).

Em outros termos, pode-se dizer que o federalismo é repartição constitucional de atribuições baseada em critérios materiais e espaciais; a separação de poderes, pautada em critérios materiais. Matéria não é só atribuição para criar norma sobre determinado assunto – Direito Penal, por exemplo. Matéria é tudo que envolve o conteúdo: determinação, sujeitos obrigados, etc. Desse modo, mesmo que emanadas por um mesmo ente da federação, uma lei penal é, do ponto de vista do critério material, norma distinta de uma sentença judicial baseada nessa mesma lei. Por isso que é possível dizer que a separação de poderes baseia-se em critérios materiais.

Essa distinção entre separação de poderes e federalismo é muito útil para se ter em mente: explica muito bem o que é o fenômeno federalista. Este é, no fim, um fenômeno análogo à separação de poderes; ambos são divisão constitucional de atribuições, mas pautados em parâmetros distintos. A afirmação pode causar espécie num primeiro momento, mas, bem analisada, revela sua adequação.

Essa ideia também indica a necessidade de se rever o papel tradicionalmente atribuído à União. A separação de poderes, tal qual a conhecemos atualmente, não tem as contradições e confusões da teoria federalista dominante.

Num regime democrático, o povo deve guiar os rumos do Estado, sobretudo por meio de seus representantes. Dentro desse quadro, o Congresso, detentor do poder legislativo, tem assento central na vida política. Mas se há também outros dois poderes, em igualdade em relação ao legislativo, como é que pode o Congresso, por vezes, criar direitos e obrigações

para esses dois poderes? Como é que pode o Congresso, que é igual e independente em relação aos dois, fazer isso?

Pois é isso que ocorre quando o Congresso cria ou altera a Constituição. Através desses atos, ele discrimina as prerrogativas de cada poder, seus limites, impõe deveres, cria direitos: em suma, ele os recria juridicamente. Se ele os pode recriar, é superior a eles. Como é que isso pode ocorrer, se os três poderes são iguais?

Como na relação União/estados-membros, aqui também há uma entidade que é paradoxalmente igual às demais entidades, mas também é superior a elas. Mas aqui tem-se uma resposta, uma vez que há a cisão do legislativo em dois “legislativos” diferentes: há o poder legislativo e há o poder constituinte. O Congresso é coletividade que detém tanto a função legislativa quanto a constituinte. Ao exercer a primeira, age como um dos três poderes da tripartição clássica; ao exercer a segunda, age como poder superior, que cria e conforma os três poderes.

A analogia entre o poder constituinte e *Estado como um todo* é patente, assim como o é a existente entre legislativo, executivo e judiciário, num lado, e União e estados, noutro.

Não há contradição em aceitar um Congresso que imponha obrigações aos demais poderes porque, ao fazê-lo, ele não age como legislativo, mas sim como constituinte. Se é assim com a separação de poderes, não há porque deixar de se fazer o mesmo com o federalismo: o paradoxo da existência de uma figura ao mesmo tempo superior e igual resolve-se dividindo-se-a em dois entes distintos.

Partindo-se da ideia de um poder soberano, criador do Estado, necessita-se de um elemento unificador, a partir do qual todas as demais instituições e estruturas estatais possam defluir. Tudo é emanado de um mesmo ponto.

Rousseau²³ percebe isso em sua obra *Do Contrato Social*:

Nossos políticos, porém, não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto. Dividem-na em força e vontade, em poder legislativo e poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro. Algumas vezes, confundem todas essas partes, e, outras vezes, separam-nas. Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas, tal como se formassem um homem de inúmeros corpos, dos quais um tivesse os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais além disso.

23 Como bem destacam Heinz Mohnhaupt e Dieter Grimm, *Constituição* para Rousseau não faz referência ao modelo atual de Constituição, mas sim a um conceito mais antigo, pautado nas *leis fundamentais* ou *leis políticas* do Antigo Regime (2012, p.155)

Contam que os charlatões do Japão despeçam uma criança aos olhos dos espectadores e depois, jogando ao ar, um após outro, todos os membros, volta ao chão a criança viva e completamente recomposta. Mais ou menos assim fazem-se os passes de mágica de nossos políticos: depois de desmembrarem o corpo social, por uma sorte digna das feiras, reúnem as peças, não se sabe como.

Esse erro provém de não disporem de noções exatas sobre a autoridade soberana e terem tomado por partes dessa autoridade o que não passa de emanção sua.

[...]

Examinando-se igualmente as outras divisões, ver-se-á que se incorre em erro todas as vezes que se crê estar a soberania dividida, pois os direitos, tomados por partes dessa soberania, subordinam-se todos a ela, e supõem sempre vontades supremas, as quais esses direitos só dão execução (1997, p.87-8, grifo nosso).

A separação de poderes não basta em si mesma para explicar a estrutura estatal: deve-se regressar ainda mais, atingindo-se a vontade soberana, fecho de todo o sistema. O executivo e o legislativo, por exemplo, não são partes da soberania mas sim emanções dela, criações dela. Submetem-se a ela. Todo o poder deflui de um ponto uno: a soberania.

Sieyès corporifica de forma mais acentuada a ação do poder soberano. Entende que a origem de todo o poder está na nação, que independe de qualquer formalização positiva (2002, p.54-5). A nação, e somente ela, pode decidir quanto à Constituição – nenhum corpo submetido às formas constitutivas pode fazê-lo (2002, p.59).

A nação decide quanto à Constituição, criando-a, e formando o corpo político. Ela é o ponto de partida de tudo. Nas palavras do autor: “La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d’elle il n’y a que le droit naturel.”²⁴ (2002, p.53).

A medida do Estado é a Constituição. Afirma o autor:

Il est impossible de créer un corps pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C’est ce qu’on appelle la constitution de ce corps. Il est évident qu’il ne peut pas exister sans elle. Il l’est donc aussi que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution; et ce qui est vrai du gouvernement en général l’est aussi de toutes les parties qui le composent. Ainsi le corps des représentants, à qui est confié le pouvoir législatif ou l’exercice de la volonté commune, n’existe qu’avec la manière d’être que la nation a voulu lui donner. Il n’est rien sans ses formes constitutives; il n’agit, il ne se dirige, il ne commande que par elles (2002, p.52-3)²⁵.

24 A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. Antes dela e acima dela há apenas o direito natural (Tradução nossa).

25 É impossível criar um corpo para um fim sem conceder-lhe uma organização, formas e leis próprias para fazê-lo cumprir as funções a que se quer destiná-lo. Isso é o que se chama de constituição do corpo. É evidente que ele não pode existir sem ela. E é também assim que todo governo compromissado deve ter sua constituição; e o que é verdade para o governo em geral é também para as partes que o compõem. Assim, o corpo de representantes, ao qual é confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, não existe

Ao criar a Constituição, a nação exerce o *poder constituinte*: “Dans chaque partie la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation”²⁶ (2002, p.53). Ou, em outros termos, a nação, exercendo o poder constituinte, cria a Constituição. A criação da Constituição só se dá através da ação do poder constituinte.

Composta por todos, em pé de mais absoluta igualdade, independentemente de títulos de nobreza, a nação não pode frequentemente se reunir para deliberar sobre a Constituição. A alternativa é reunir um corpo de representantes para esse fim, o qual substitui a nação na criação da Constituição (p.57):

Un corps de représentants extraordinaires supplée à l’assemblée de cette nation. Il n’a pas besoin sans doute d’être chargé de la plénitude de la volonté nationale ; il ne lui faut qu’un pouvoir spécial, et dans des cas rares; mais il remplace la nation dans son indépendance de toutes formes constitutionnelles. Il n’est pas nécessaire ici de prendre tant de précautions pour empêcher l’abus de pouvoir; ces représentants ne sont députés que pour une seule affaire et pour un temps seulement²⁷.

Algo fica claro: esse conjunto de representantes é extraordinário. O corpo de representantes é extraordinário. Sieyès procura vincar bem a diferença entre o corpo ordinário e o corpo extraordinário de representantes. Enquanto este cria a Constituição, os

[...] représentants ordinaires d’un peuple sont chargés d’exercer dans les formes constitutionnelles toute cette portion de la volonté commune, qui est nécessaire pour le maintien d’une bonne administration sociale. Leur pouvoir est borné aux affaires du gouvernement (2002, p.56)²⁸

Ou seja, os representantes ordinários agem dentro das regras criadas pelos representantes extraordinários. Nesse sentido:

Mais toujours est-il vrai qu’une représentation extraordinaire ne ressemble point à la législature ordinaire. Ce sont des pouvoirs distincts. Celle-ci ne peut se mouvoir que

senão na maneira em que a nação quis lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se guia, não comanda, a não ser por elas (Tradução nossa).

26 Cada parte da constituição é obra não do poder constituído, e sim do poder constituinte. Espécie alguma de poder delegado pode alterar algo nas condições de sua delegação (Tradução nossa).

27 Um corpo de representantes extraordinários supre a assembleia dessa nação. Ele não tem, sem dúvida, a necessidade de ser incumbido com a plenitude da vontade nacional; não é necessário mais do que um poder especial, e em casos raros; mas ele substitui a nação independentemente de qualquer forma constitucional. Não é necessário tomar muitas precauções para se impedir o abuso de poder; esses representantes não são mais do que deputados para apenas um assunto e um período de tempo (Tradução nossa).

28 representantes ordinários de um povo são incumbidos de exercer segundo as formas constitucionais toda a porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração social. Seu poder é restrito aos assuntos de governo (Tradução nossa).

dans les formes et aux conditions qui lui sont imposées. L'autre n'est soumise à aucune forme en particulier : elle s'assemble et délibère comme ferait la nation elle-même, si, n'étant composée que d'un petit nombre d'individus, elle voulait donner une constitution à son gouvernement (2002, p.57)²⁹.

Os dois corpos são distintos. Não podem ser confundidos. Tanto que o autor defende que os representantes extraordinários não devam ser também representantes ordinários:

Ainsi, point de difficulté sur la question : Qu'est-ce qu'on aurait dû faire ? On aurait dû convoquer la nation, pour qu'elle députât à la métropole des représentants extraordinaires avec une procuration spéciale, pour régler la constitution de l'assemblée nationale ordinaire. Je n'aurais pas voulu que ces représentants eussent eu en outre des pouvoirs pour se former ensuite en assemblée ordinaire, conformément à la constitution qu'ils auraient fixée eux-mêmes, sous une autre qualité (2002, p.61)³⁰.

Assim, para Sieyès, a origem de todo o poder está na nação - no conjunto de indivíduos, todos em pé de igualdade –, a qual pode tudo. Sua vontade é sempre legal, tendo por limite apenas o direito natural. Cabe à nação, e a ela apenas, agindo em poder constituinte, criar a constituição, a qual define a forma e o funcionamento do Estado. No entanto, é difícil toda a nação se reunir para esse fim, de modo que, para se criar a Constituição, pode-se nomear um corpo de representantes extraordinários. Esses representantes extraordinários, os quais não estão submetidos a nenhuma forma e criam as instituições e suas regras, não se confundem com os representantes ordinários, os quais só podem agir dentro das formas e condições que lhe são impostas.

O soberano – no caso de Sieyès, a nação tão somente – através de um poder constituinte, cria o Estado e os seus órgãos, seja diretamente, seja através de representantes com um mandato especial para tanto. No segundo caso, não se pode confundir a assembleia desses representantes com poderes especiais com uma eventual assembleia legislativa; enquanto aquela é poder constituinte, poder criador, esta é poder constituído, tal qual o

29 Mas é verdade que uma representação extraordinária não lembra em nada a legislatura ordinária. Esses são poderes distintos. Esta só pode se mover conforme as formas e as condições que lhe são impostas. A outra não é submetida a qualquer forma em particular: ela se reúne e delibera como o faz a própria nação se, não estando composta por mais do que um pequeno número de indivíduos, ela queira criar uma constituição para seu governo (Tradução nossa).

30 Assim, não há dificuldade quanto à questão: o que deveria ter sido feito? Convocar a nação, para que ela enviasse à capital representantes extraordinários com uma procuração especial, para regular a constituição de assembleia nacional ordinária. Eu não quereria que esses representantes tivessem também poderes para se reunir em seguida em assembleia ordinária, conforme a constituição fixada por eles mesmos, sob outra condição (Tradução nossa).

executivo e o judiciário, agindo dentro de limites próprios³¹.

Não se analisa, contudo, o poder constituinte derivado; nem, conseqüentemente, a distinção entre este e poder constituinte originário. Isso não é objeto da obra de Sieyès.

O poder constituinte derivado, em que pese o título de “constituinte”, nada mais é do que um poder constituído. Ele deflue do verdadeiro poder constituinte, o originário, e existe apenas nos termos e condições que ele estipular. Se ele tem a denominação *constituinte*, é porque ele pode alterar a Constituição, reformando-a, emendando-a – apenas nos termos estipulados pelo poder constituinte originário.

A própria existência dele é facultativa: não há nada que obrigue a sua criação. Pode muito bem o poder originário criar a Constituição e não permitir sua alteração, imutabilizando-a. Se isso não é feito, não o é por questões pragmáticas, políticas, devido à alta inconveniência dessa imutabilidade numa sociedade em ritmo acelerado de mudança; do pondo de vista jurídico, isso é plenamente possível.

E, mesmo que exista, mesmo que seja criado pelo poder constituinte originário, isso se dá nos termos em que ele estipular. Desse modo, pode-se conceder esse poder a um indivíduo ou grupo de indivíduos que tenha apenas essa atribuição; ou a um indivíduo ou grupo de indivíduos que exerça também outras atribuições. Do mesmo modo, podem-se prever os mais diferentes procedimentos para seu exercício: *quorum* qualificado, mais de uma votação em cada casa, e assim por diante. Pode-se fazer como no Brasil Império, onde uma alteração constitucional demandava uma nova eleição para a Câmara dos Deputados, para que esses tivessem procuração especial para empreender a alteração (art. 176).

O que pode ser alterado e como também pode variar infinitamente. Pode toda a Constituição ser flexível, hipótese em que os poderes constituinte e legislativo se confundem; pode toda a Constituição ser rígida; pode apenas parte dela ser rígida, sendo a outra flexível. Pode estabelecer que ela mesma pode ser alterada a qualquer momento; ou que apenas em determinados momentos, nos quais não haja, por exemplo, estado de sítio.

Do mesmo modo, pode ela ser alterada por inteiro, ou não. Pode o poder constituinte originário, consoante sua própria vontade, reservar um conjunto de disposições que não podem ser alteradas. Nesse caso, ter-se-á as chamadas cláusulas pétreas. Sua

31 Hespanha tem uma interpretação distinta: entende que Sieyès não distinguia o poder constituinte do poder legislativo ordinário em *Qu'est-ce que le Tiers État*, de 1789, fazendo esse contraste apenas posteriormente, em *Opinions de Sieyès sur les attributions et l'organisation du Jury Constitutionnel*, de 1795 (2009, p.372).

ocorrência vem não de uma suposta natureza da coisa, mas por mera decisão do poder constituinte originário; ele querendo, tudo poderia ser muito diferente.

O poder constituinte derivado é uma maneira institucionalizada de alteração da Constituição, e tem seus requisitos próprios. Sendo ele criado, não se necessita apelar sempre para a ação do poder constituinte originário, o qual é detido pelo soberano.

O que ocorre, então, com o poder constituinte originário após a criação da Constituição? Esse ato o exaure, sendo como um raio que cai dos céus, de modo que deixa de existir? A resposta é negativa. Ora, toda ordem jurídica necessita de uma força que a sustente. Sem esse suporte, ela nada mais é que um conjunto de prescrições, desprovida de verdadeira força jurídica. A origem última do direito está na força que o põe e o sustenta (BOBBIO, 2010, 226-30).

Desse modo, deve sempre haver algum tipo de força não só para criar o ordenamento jurídico, mas também para sustentá-lo, para garantir que ele continuará a vigir – o poder tem horror ao vácuo. O poder constituinte originário não se esvai, nem deixa de perdurar após a promulgação da Constituição; ele continua a existir, fornecendo o substrato necessário à manutenção da ordem constitucional. Ele está sempre em ação, mantendo a ordem³².

Quando há rompimento da ordem constitucional é porque o poder soberano não quis ou não pôde manter a ordem. Usualmente, esse tipo de rompimento se dá em caso de golpe ou revolução, em que algum novo elemento de poder assume a primazia, passando a ser soberano. Mas nada impede que a Constituição seja trocada sem alteração do soberano; afinal, seu poder é incondicionado, de modo que pode, perfeitamente, decidir trocar a Constituição vigente. Uma outra hipótese de rompimento da ordem constitucional é no caso de grande esfacelamento do poder, em que nenhum ator político consegue reunir poder o suficiente para se dizer soberano: essa é a situação de um lugar em guerra civil, por exemplo, ou da Europa

32 Defende essa posição também Bercovici: “O poder constituinte atua de forma permanente. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força para estabelecer a constituição, manter sua pretensão normativa e revogá-la. A manutenção ou erosão da normatividade constitucional está ligada à permanência do poder constituinte, fonte de sua força normativa. Neste sentido, Nelson Saldanha afirma que o poder constituinte é um poder 'transconstitucional', pois a ordem constitucional o pressupõe e o contém, prosseguindo através das constituições que gera. Após a aprovação da constituição, o poder constituinte permanece latente, mas não se transforma em poder constituído. Há, portanto, permanência e descontinuidade do poder constituinte.” (2008, p.34-5). Cita Bercovici vários autores em notas de rodapé. Em sentido semelhante, também, Ferreira Filho (2007, p.58-9); o autor, contudo, vê a permanência do poder constituinte apenas como possibilidade de, a qualquer momento, se formar uma nova ordem, sem afirmar que a continuidade da ordem constitucional vigente depende diretamente da continuidade do poder constituinte.

antes do advento do Estado moderno.

Assim sendo, no que tange à separação de poderes nos moldes atuais, pode-se dizer que o soberano atua, criando o poder constituinte originário, exercido por ele mesmo ou por representantes; este, por sua vez, além de definir a ordem jurídica como um todo, cria os três poderes clássicos, bem como o poder constituinte derivado, se quiser e nos termos que determinar. Mesmo com a criação da Constituição continua o poder constituinte originário a existir, uma vez que ele age mantendo a ordem posta; em caso contrário, ela simplesmente se esfacela, por falta de força que a mantenha.

Cinde-se o poder legislativo do constituinte, mesmo que, eventualmente, seja o mesmo conjunto de indivíduos que detenha ambos. Se se faz isso com a separação de poderes, por que não se faz o mesmo com o federalismo? Qual a razão para essa diferença de tratamento entre ambos? Como visto, os dois nada mais são do que aspectos do mesmo fenômeno, desconcentração constitucional de poder, baseada em critérios distintos, orgânico ou espacial. Pode-se, em outros termos, dizer que federalismo é repartição de atribuições com base em critérios territoriais e materiais; a separação de poderes, com base em critérios materiais.

A separação de poderes não apresenta os problemas do federalismo porque separam-se as figuras. Há um superior - poder constituinte - e um inferior – poder legislativo -, em pé de igualdade com seus pares – poderes executivo e judiciário -. Como o federalismo é fenômeno análogo à separação de poderes, deve-se reconhecer nele a mesma estrutura: um superior – *Estado como um todo* – e um inferior – União -, em pé de igualdade com seus pares - estados-membros-.

Se se distingue entre poder legislativo e poder constituinte, não há porque não se fazer o mesmo em relação à União e ao *Estado como um todo*. Assim se procedendo, não só se evita uma série de problemas gerados pela visão tradicional do fenômeno federalista, como se reconhece o paralelismo entre separação de poderes e federalismo. O que não faz sentido é reconhecer a necessidade dessa distinção num caso - separação de poderes - e não se fazê-lo com o que é análogo - federalismo -.

A concepção de federalismo aqui defendida levanta seus questionamentos, os quais devem ser respondidos e enfrentados. Um deles, marcante, é referente à atuação do *Estado como um todo*: como ela se dá? Tem ele órgãos próprios? Quais são?

1.2.2 Os órgãos do *Estado como um todo*

O federalismo é sistema no qual um ente superior, o *Estado como um todo*, cria e conforma coletividade subordinadas, a União e os estados-membros. Como coletividade, ele deve se manifestar de alguma forma, deve agir. Como é que isso ocorre?

O *Estado como um todo* revela-se juridicamente na Constituição. Segundo Kelsen, órgão de uma entidade é aquele que exerce um ato que possa ser imputado a ela. Afirma o jurista austríaco:

Um indivíduo é órgão de uma comunidade porque e na medida em que realiza uma conduta atribuível à comunidade e uma conduta é atribuível à comunidade quando está determinada na ordem normativa constitutiva da comunidade como pressuposto ou consequência. Este é o conceito primário, fundamental da função de órgão, da função de órgão no sentido mais amplo da palavra (2009, p.168, grifos nossos).

Essa definição é a mais ampla, mas tem seus inconvenientes. Abrange toda conduta determinada pela ordem normativa, inclusive aquela que é pressuposto de sanção, isto é, aquela que é proibida (2009, p.169). Desse modo, recorre-se a uma conceituação mais estrita no uso jurídico da linguagem:

Somente as funções determinadas pela ordem jurídica que sejam desempenhadas segundo o princípio da divisão do trabalho, quer dizer, realizadas por certos indivíduos qualificados, são atribuídas à comunidade jurídica, e apenas os indivíduos que atuam segundo o princípio da divisão do trabalho, quer dizer, apenas certos indivíduos qualificados, são designados como “órgãos” neste sentido estrito (2009, p.171).

Desse modo, escorando-se nos ensinamentos de Kelsen, quem lida diretamente com a Constituição é, na verdade, órgão do *Estado como um todo*.

O Congresso Nacional, portanto, revela-se como órgão do *Estado como um todo* quando cria ou altera a Constituição. A Constituição – note-se – pertence ao *Estado como um todo*.

A afirmação pode causar espécie: afinal, o Congresso é sempre retratado como órgão da União, como o Legislativo pertencente à esfera federal, e não a outra entidade.

Há aqui uma confusão entre coisas completamente diversas. O Congresso Nacional não se confunde com o Poder Legislativo Federal. Primeiro, porque não se pode confundir um indivíduo ou conjunto de indivíduos com a função que eles exercem: trata-se de figuras completamente diversas. Aquele ou aqueles estão no plano do ser, por assim dizer, simplesmente existindo e se reunindo (embora, quando se trate de conjunto de indivíduos, este

seja formado, definido por uma norma jurídica); a função, por sua vez, é um conjunto de atribuições juridicamente previsto, é um rol de competências estabelecido normativamente. Trata-se de planos distintos.

Esclarece Kelsen:

Ora, é o conceito de função de órgão e não o conceito de órgão que – particularmente para o domínio da ciência jurídica – apreende a essência da situação. No conceito de órgão exprime-se o sujeito ou o “suporte” da função, quer dizer, o elemento pessoal da conduta que representa a função e que, como toda a conduta humana, consiste de um elemento pessoal e num elemento material – e, assim, já inclui em si o elemento pessoal. O conceito do órgão como portador ou suporte de uma função diferente do mesmo portador é um conceito de substância (conceito substantivo) que, como tal, deve ser usado com a consciência de que, do ponto de vista do conhecimento científico, a substância deve ser reduzida à função. No conceito do órgão como portador (suporte) da função o elemento pessoal é dissociado do elemento material e autonomizado, se bem que aquele esteja inseparavelmente ligado a este. Somente com esta reserva pode o conceito de órgão ser utilizado como um conceito auxiliar que facilita a descrição da situação (2009, p.168-9).

Não é a ideia do órgão, mas a de função do órgão é que é o cerne do problema: ela é que explica o fato de determinada conduta ser atribuída a uma comunidade. O órgão é portador ou suporte de uma função, que não se confunde com seu portador. No exemplo analisado, o Poder Legislativo Federal é uma função; o Congresso Nacional, conjunto de indivíduos, é, por sua vez, portador dessa função. Ao exercê-la, o Congresso revela-se como órgão. Exercendo uma função da União (criação de normas gerais de competência federal), age como órgão da União.

Um indivíduo ou um grupo deles não pode ser confundido com a função que exerce, portanto.

Outra razão para não confundir Congresso e Legislativo é o fato de o Congresso não possuir apenas o Poder Legislativo. O Congresso pode alterar a Constituição do Estado, de modo que, pacífica e incontroversamente, possui também o Poder Constituinte. Nada impede um conjunto de indivíduos de ter mais de uma função.

Segue-se aqui Hans Kelsen, o qual afirma:

É possível que o órgão que é competente para estabelecer, revogar e modificar leis constitucionais no sentido formal específico, seja diferente do órgão que é competente para estabelecer, revogar ou modificar as leis normais. Para a primeira função pode ser chamado, por exemplo, um órgão especial, diferente do órgão competente para a segunda função quanto à sua composição e quanto ao processo de eleição: v. g., um parlamento constituinte (melhor: um parlamento legislador da Constituição). No entanto, geralmente as duas funções são desempenhadas pelo mesmo órgão. (2009, p.249)

Criar lei e criar norma constitucional são atribuições completamente distintas e separáveis. Não há necessidade alguma de que ambos os atos estejam nas mãos de uma mesma entidade. Uma norma legal e uma norma constitucional possuem muitas diferenças, sobretudo de poder; aquela, por exemplo, não pode atuar em campo de outro ente, enquanto esta pode. São prerrogativas inteiramente distintas. Assim, é perfeitamente possível separá-las institucionalmente, conferindo-as a coletividades distintas.

Indo-se além do que Kelsen afirma em *Teoria Pura do Direito*, se é possível um mesmo conjunto de indivíduos desempenhar mais de uma função, o que impediria esse conjunto de desempenhar funções diferentes de *coletividades diferentes*? Nada. Não há empecilho algum em delegar funções de coletividades diferentes a um mesmo grupo de pessoas – tanto que isso é feito desde as origens do federalismo, desde a criação dos Estados Unidos da América. O Congresso, com isso, detém o Poder Constituinte do *Estado como um todo*.

Assim sendo, não é correto confundir Legislativo e Congresso Nacional: primeiro, porque os dois pertencem a planos diferentes; segundo, porquanto o Congresso enfeixa em si tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Constituinte; terceiro, porque o Congresso concentra em si funções de entidades diferentes: detém tanto o Poder Legislativo Federal quanto o Poder Constituinte do *Estado como um todo*.

Pode causar espécie a afirmação de que o mesmo indivíduo ou conjunto de indivíduos possa exercer funções de diferentes coletividades, mas essa afirmação é sustentável, como vimos. O Congresso Nacional, ao criar lei federal, exerce uma competência da União, sendo sua ação atribuível a ela; ao criar norma constitucional, exerce uma atribuição do *Estado como um todo*, sendo sua ação imputável a este último.

O Estado alemão surgido após a unificação em 1871 traz um exemplo muito claro de como um mesmo indivíduo, ou conjunto de indivíduos, pode ser, ao mesmo tempo, órgão de coletividades distintas.

O Império Alemão constituía-se numa federação surgida da fusão de diferentes Estados soberanos, os quais passaram a ser estados-membros da federação (*Länder*, em alemão). Dentre esses *Länder*, destacava-se a Prússia, por seu poder econômico e militar, bem como por seu papel central na unificação. Não por acaso, definiu-se na Constituição Imperial, em seu artigo 11, que o Imperador alemão seria o Rei da Prússia, o que fortaleceu ainda mais

a posição da Prússia no Império (FROTSCHER; PIEROTH, 2011, p.211-2). Ou, em outros termos, o Rei da Prússia seria, ao mesmo tempo, Imperador alemão. Havia uma vinculação entre os dois órgãos: o monarca da Prússia era também o monarca do Império. A mesma pessoa, o mesmo indivíduo era tanto órgão da Prússia, governo local, quanto órgão do Império, governo central.

Como é aqui demonstrado, a concentração de funções de órgãos distintos no mesmo indivíduo ou conjunto de indivíduos não é impossível. Ocorre constantemente, desde os primórdios do federalismo, através da concentração de funções da União e do *Estado como um todo* no Congresso, ou órgão equivalente. Ocorreu, no passado, no Império Alemão, onde a mesma pessoa era tanto órgão de um governo local quanto do governo central. Naturalmente, concentrações dessa natureza não são necessárias; se ocorrem constantemente em diferentes federações, isso se dá tão somente por tradição. A qualquer momento elas podem ser rompidas.

A rigor, a existência de órgão com poder para alterar a Constituição é despicienda: não é necessária para que exista um Estado federal. O Estado federal é composto pela Constituição, pertencente ao *Estado como um todo*, a qual cria a União e os estados-membros. Basta haver uma Constituição – nada impede que ela seja inalterável.

Um órgão com poder para alterar a Constituição, para reformá-la, para emendá-la, existe única e exclusivamente por determinação do Poder Constituinte Originário - por concessão sua, e nada mais. Um órgão com essa atribuição pode existir apenas porque a Constituição, criada pelo Poder Constituinte Originário, assim o prevê. O Poder Constituinte Derivado não é só limitado e submetido a exigências formais para atuação: ele também é de criação opcional.

Um órgão com capacidade para alterar a Constituição existe apenas porque o Poder Constituinte Originário assim o determina. É por isso que, caso ele exista, está limitado aos termos estabelecidos pelo poder originário. Isso explica todas as suas limitações, como o *quorum* de votação, o procedimento a ser seguido, impossibilidade de atuação em certas circunstâncias (como no Estado de Sítio). Isso também explica a existência de cláusulas pétreas.

Uma Constituição, como documento, não consegue, por si mesma, interpretar-se, dando a palavra final acerca dos conflitos a respeito de seu conteúdo. Um órgão que faça tal

interpretação tem de pertencer ao *Estado como um todo*.

Quem lida diretamente com a Constituição age, em última análise, como órgão do todo. Isso vale para quem lida diretamente com a Constituição, não para quem age com base nela: toda autoridade age com base na Constituição, direta ou indiretamente. A União, por exemplo, ao legislar sobre matéria penal, age com base na Constituição, uma vez que é esta que lhe atribui essa competência – mas não lida diretamente com ela, não exerce uma função imputável ao *Estado como um todo*.

O órgão intérprete da Constituição, ao atuar, age como órgão do *Estado como um todo* – mesmo que acumule, paralelamente, outras atribuições. Se há uma mistura de diferentes atribuições, ocorre com esse órgão o mesmo que acontece com o Congresso Nacional: o indivíduo ou coletividade de indivíduos que age como órgão do todo está acumulando funções de órgãos diferentes.

O fato de o órgão ser responsável pela interpretação da Constituição ser do *Estado como um todo* não muda em nada seus poderes, se comparados com a concepção tradicional de que, no federalismo, a interpretação deve ficar a cargo de uma corte federal. Em ambos os casos, o papel é o mesmo: interpretar a Constituição, sendo fiel a ela. Em nada muda o balanço de poderes dizer que o órgão intérprete constitucional pertence ao *Estado como um todo*, e não à União: continua tal órgão, afinal, vinculado e limitado pela Constituição.

No Brasil, o órgão responsável pela interpretação final da Constituição é também responsável por outras funções, como julgar autoridades com prerrogativa de foro. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal ora age como órgão da União, ora como órgão do *Estado como um todo*.

Na Constituição da República de *Weimar*, cabe ao *Bundespräsident* fazer cumprir sentenças judiciais que julgam conflitos entre entes da federação, que julgam se houve alguma violação da repartição de competências. Hans Kelsen, analisando isso, afirma que o *Bundespräsident* age então como órgão do todo (1927, p.168). Se o julgamento visa a dirimir conflitos federativos, fazendo valer a constituição, ele é ato de indivíduos que agem como órgão do todo. Seguindo o raciocínio de Kelsen, e aplicando-o ao caso brasileiro, pode-se dizer que o Presidente da República, ao decretar intervenção federal, age como órgão do todo. Analogamente, o governador, ao decretar intervenção estadual, age como órgão do todo, eis

que também está executando a Constituição³³.

Age como órgão do todo quem exerce uma função imputável ao *Estado como um todo*, quem lida diretamente com a Constituição. Ora, a decretação do estado de defesa ou do estado de sítio - ou, mais genericamente, de qualquer situação na qual normas constitucionais sejam flexibilizadas ou suspensas - só pode caber ao todo. Não há como a esfera federal suspender a Constituição, pertencente ao *Estado como um todo*, uma vez que essa mesma esfera federal é fruto dele, sendo a ele subordinado. Dessa forma, no Brasil, o Presidente da República, ao decretar estado de sítio ou estado de defesa, age como órgão do *Estado como um todo*. Naturalmente, como no caso do órgão responsável pela interpretação da Constituição, considerá-lo como órgão do todo ou da União não muda, na prática, em nada seus poderes: continua o Presidente vinculado à Constituição, devendo agir nos limites por ela previstos, sem violar o seu espírito.

No que tange aos órgãos do Estado, há ainda diferentes questões a serem esclarecidas.

Por vezes, distingue-se entre “lei nacional” e “lei federal”, afirmando-se que elas teriam caráter distinto. A grosso modo, lei federal é aquela que vincula somente a União; a lei nacional, por sua vez, é a que vincula também outros entes, limitando a União, os estados-membros e o municípios.

Segundo Geraldo Ataliba, a lei nacional é lei que não se circunscreve ao âmbito de qualquer pessoa política, mas transcende as três (União, estados e municípios), tendo seu próprio campo. Assim como as leis federais, são emanadas pelo Congresso Nacional, funcionando este como Legislativo federal e Legislativo nacional (1980, p.61-2). Enquanto as leis federais, estaduais e municipais são dirigidas às pessoas na qualidade de administrados dos respectivos entes, as leis nacionais são voltadas para todos os brasileiros, indistintamente, independentemente da pessoa política de que sejam súditos. Isso se daria porque o Estado Federal brasileiro é pessoa de direito público internacional, categoria que não guarda qualquer relação com as eventuais divisões políticas internas (1980, p.62). Nessa senda, a lei federal vincula apenas a administração federal e as pessoas a ela relacionadas, como administrados ou

33 Mesmo no caso do art. 35, IV, o governador executa a Constituição, agindo como órgão do todo. É a própria Constituição que determina que os municípios devem observar os princípios indicados na constituição estadual, de modo que esse dever provém não da constituição estadual em si, mas da Constituição. Ao fazer valer esses princípios estaduais, o governador faz valer a Constituição, a qual determina que esses princípios estaduais devem ser seguidos pelos municípios.

jurisdicionados (1969, p.49). A União tem uma tríplice capacidade: a de direito internacional, a de Estado central (em sentido de ordem nacional) e a estrita de União, em oposição a estados federados (1980, p.65).

A lei nacional é aquela que complementa lacunas da Constituição ou regula determinados campos, evitando conflitos entre os diversos entes federativos (1969, p.63). Sua força é um tanto quanto obscura: enquanto Ataliba afirma que entre lei nacional e lei federal não há hierarquia (1969, p.50; 1980, p.67), pertencendo elas a ordens diversas, autônomas e harmônicas (1980, p.69), entende o autor também que o Estado total, geral, global, do qual a lei nacional é produto, vincula todos a sua soberania (1969, p.49). Paralelamente, afirma também que lei nacional é diferente de lei constitucional (1969, p.72).

Há uma tensão aqui. A ordem do Estado total (criadora da lei nacional), apresentada como soberana, surge paradoxalmente no mesmo nível que a ordem federal. Do mesmo modo, não fica clara a relação entre lei constitucional e lei nacional, ambas pertencentes ao Estado total, geral, global³⁴.

Geraldo Ataliba baseia-se em diferentes visões. Diz basear-se na teoria de Hans Kelsen acerca do federalismo, citando uma tradução em espanhol de seu *Allgemeine Staatslehre*; afirma que Sampaio Dória concorda com Kelsen (1980, p.66-7); cita também Victor Nunes Leal, dizendo que ele apontava para a distinção entre Constituição do todo e a da federação (1980, p.67); afirma que são os estados federados que criam a federação, delegando à União alguns de seus poderes, reservando-se outros e retendo o poder político (1980, p.67); entende que a soberania encontra-se no povo em poder constituinte, não na união ou nos estados (1980, p.71) e, citando Baladore Pallieri, assevera que o poder constituinte se dissolveu no seio do povo depois de criar a Lei Magna, ficando o poder de reforma com o legislador comum (1969, p.67).

Há, aqui, incongruências. Na *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen vê o federalismo formado por uma ordem central e outras locais, sendo elas criadas pelo *Estado como um todo* - o qual tem órgãos próprios, como o que altera a Constituição, *i. e.*, o poder constituinte derivado (1925, p.200). Victor Nunes Leal, por outro lado, não concorda com essa visão: o

34 A única saída seria afirmar que lei nacional se subordina à lei constitucional, estando em pé de igualdade em relação à lei federal (e a estadual e a municipal). Mas aí se teria exatamente a mesma tensão que leva à cisão entre União e *Estado como um todo*, isso é, o fato de a Nação de Ataliba ser, ao mesmo tempo, igual e superior à União.

autor cita Kelsen em *General Theory of Law and State*, obra na qual o austríaco revela visão diferente do federalismo, afirmando que o Estado é composto por uma ordem central e por outras locais, compondo elas o Estado como um todo - sendo a Constituição da União, então, ao mesmo tempo, a Constituição do Estado como um todo (2006, p.317). Sampaio Dória tampouco concorda com Hans Kelsen, uma vez que a entidade superior que descreve, a Nação, não é entidade estatal, e sim entidade social, formada por indivíduos com identidade comum (1953, p.52). Do mesmo modo, é inconsistente afirmar numa hora que os estados é que criam a União (e, consequentemente, o federalismo), e, noutra, que soberano é o povo.

Quanto à distinção de Ataliba entre lei federal e lei nacional, pode-se dizer que tem fundamento, mas, no fundo, não é de todo necessária. O federalismo é essencialmente flexível, plástico. As competências dos diversos entes existem nos termos estabelecidos pela Constituição - o espaço de manobra é aqui imenso, sendo possíveis inúmeros arranjos diversos de competências.

A regra no federalismo é cada ente poder definir suas próprias regras, sendo vinculado por suas leis, tendo por limite apenas a Constituição. Esta limita o que cada ente pode fazer, nas mais diversas circunstâncias, por força de sua posição hierárquica. Além disso, a Constituição cria os entes, *nos seus termos*. Ela não só os limita, como é responsável pela própria existência deles, concedendo-lhes todas as suas capacidades e limites.

Desse modo, o que importa são os termos da Constituição. É perfeitamente possível à Constituição determinar que um ente tenha competência para criar normas vinculando não só a si mesmo, mas também outros entes.

Isso é relativamente comum no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição atribui à União a competência de criar normas gerais sobre os mais diferentes assuntos, como licitações e contratações (art. 22, XXVII), responsabilidade fiscal (art. 169, § 4º), organização dos Ministérios Públicos e Defensorias dos estados, Distrito Federal e Territórios (art. 61, § 1º, d), legislação tributária (art. 146), e assim por diante.³⁵

35 Atenção deve ser dada às normas gerais previstas nos parágrafos do artigo 24, o qual dispõe sobre competência concorrente: apesar de o termo usado ser o mesmo, não se trata exatamente do caso em que a União tem competência para vincular também outros entes. Não se nega que, talvez, isso possa acabar acontecendo numa ou outra matéria arrolada nos incisos do artigo, mas não é essa a ideia desses parágrafos. Neles, o termo “norma geral da União” contrapõe-se ao conceito de “normas estaduais criadas em virtude do exercício de competência suplementar”, todos dentro da ideia de legislação concorrente. Nesse artigo, o “geral” se refere à ideia de competência da União de criar normas mais abstratas, sem descer à normatização estrita de todos os casos, o que está reservado aos estados-membros. À União cabe criar *framework rules*, normas moldura, as quais serão realmente determinadas pelos estados.

A competência para vincular outros entes não se restringe ao caso da União limitando os demais entes. Em tese, um determinado estado poderá vincular todos os demais estados e mesmo a União. Um município poderia, também, vincular a União - e assim por diante. Todas as combinações são possíveis do ponto de vista jurídico. Podem não ser viáveis politicamente, mas são juridicamente viáveis.

Tanto pode haver mais combinações além da usual no direito constitucional brasileiro, que a própria Constituição permite mais uma: no art. 29, *caput*, determina que a lei orgânica dos municípios deve obedecer, dentre outras determinações, os princípios estabelecidos na constituição do respectivo estado, o que é indiretamente confirmado pelo art. 35, IV. Ora, isso nada mais é do que conferir aos estados-membros a competência para estabelecer princípios de obediência obrigatória por parte dos municípios em seu território – o que é conferir aos estados competência para vincular os respectivos municípios.

Ataliba entende que uma norma que vincule outros entes é norma diferente. Não é norma do mesmo tipo do que aquela vincula apenas o próprio ente que a cria, de modo que distingue entre lei federal e lei nacional. Se for para se seguir essa lógica, o que fazer com o presente caso? Trata-se de norma de Assembleia Legislativa vinculando município; por esse raciocínio, não pode ser considerada estadual. Teria ela que ser classificada de outro modo, portanto.

Esse tipo de abordagem não é de todo necessário, já que o fenômeno pode ser explicado dentro da ideia tradicional de ente que tem competência para agir de determinado maneira, sendo que, no caso, ele tem competência para vincular também outros entes. Além disso, essa abordagem aumenta desnecessariamente a complexidade da questão. A cada combinação de norma que vinculasse outro ente teria de haver um novo tipo de norma. Isso é criar margem a uma complexidade absurda sem a menor necessidade.

Pode-se concluir, portanto, que não é de todo necessário o conceito de “lei nacional” de Ataliba – *i. e.*, no sentido de norma que vincule União e demais membros, distinta de “lei federal”. A uma, porque isso nada mais é do que caso em que a União, criando lei federal, tem competência para vincular não só a si própria, como também os demais entes; a duas, porque essa não é a única situação possível de ente sendo vinculado por lei de outro ente, de modo que adotar essa concepção é dar margem a um aumento totalmente

desnecessário da complexidade do problema.

Com o mesmo tipo de raciocínio pode ser explicada outra questão interessante, que é a competência para internalização de norma oriunda de tratado internacional.

Qualquer Estado pode firmar tratados internacionais. Pode ser necessário criar norma interna que recepcione as normas convencionalmente previstas, para que estas possam ter força no âmbito interno. Cumpre perguntar: a quem cabe criar a norma interna que recepciona a norma do tratado internacional? À União? Aos estados?

Antes de mais nada, cabe esclarecer que uma norma de tratado internacional internalizada é tão norma interna quanto uma norma de origem interna, isto é, quanto uma norma que tenha sido proposta e aprovada por órgãos internos, pertencentes ao Estado em questão. Quando se internaliza um tratado, cria-se uma nova norma, interna, com o mesmo conteúdo da norma internacional pertencente ao tratado que foi celebrado. Em que pese a identidade de conteúdo, essa nova norma é uma norma distinta da norma convencional: esta pertence ao ordenamento jurídico internacional; aquela, à ordem jurídica do Estado signatário. São normas distintas, pertencentes a âmbitos diferentes. A norma internalizada é uma norma totalmente interna, submetendo-se à mesma disciplina de qualquer outra norma interna. Sua única peculiaridade é sua origem em tratado internacional.

Essa é a única diferença. Em tudo o mais, ambos os tipos de normas são idênticos. Para melhor se distinguir entre uma e outra, pode-se falar de normas de origem puramente interna, por um lado, e de normas de origem convencional, do outro. Mas ambos os tipos são, a rigor, normas internas.

A resposta à questão de a quem cabe internalizar tratado internacional depende de cada Constituição, de como se discrimina a repartição de competências entre os diferentes entes. Pode ela conceder essa capacidade ao ente que concluiu o tratado internacional ou a algum outro (e.g. o ente que detém, internamente, a competência sobre a qual versa o tratado internacional).

Pode ser que a Constituição confira essa prerrogativa ao ente que detém a competência na repartição interna para o assunto do qual trata o documento convencional. Desse modo, a competência varia caso a caso, a depender do tema regulado. Essa sistemática tem suas desvantagens. Primeiro, porque pode ser que o tratado em tela disponha em parte de tema que seja de competência de um ente, e, em parte, de assunto de domínio de outro, o que

leva aos seus problemas. Ademais, é bem possível que o ente com atribuição de celebração de tratados assine um e que o ente responsável pela internalização não coopere. Por outro lado, esse sistema corresponde bem ao ideal federalista, no qual as diferentes matérias são atribuídas a diferentes entes, cada um cuidando das suas; nada mais coerente, de certo modo, que o ente responsável pela competência é que seja quem escolha se determinada norma oriunda de tratado vem a fazer parte do ordenamento ou não.

Em tese, é possível também um outro modelo de ratificação de tratado, no qual um ente é sempre responsável pela conclusão do tratado internacional, enquanto um outro, distinto, é sempre responsável pela respectiva ratificação, independentemente do assunto do qual se lida. Mas essa não é opção da qual se utiliza, em virtude de sua falta de praticidade. O ente que negocia sempre tem seu poder de barganha minorado, em virtude de não dar a palavra final a respeito da recepção. Ademais, tamanha separação de atribuições não se justifica do ponto de vista prático – embora seja possível juridicamente.

Outro modo de se resolver a questão é estabelecer que o ente responsável pela celebração do acordo seja responsável pela internalização, isto é, pela criação de norma de origem convencional. E, nesse caso, pode ser competente não só o governo central, como usualmente se pensa, mas pode ser competente, em vez dele, o governo local. Tudo depende do que a Constituição do Estado federal em questão determina.

Por muito tempo imaginou-se que apenas o governo central poderia assinar tratados internacionais. Experiências constitucionais mais recentes, como as das atuais constituições austríaca e suíça, evidenciam que há outras possibilidades. Nesses dois Estados, por vezes, os entes locais têm competências para celebrar tratados internacionais, em que pese eles próprios não passem de unidades subnacionais.

Mas pode ser que competente para celebração e internacionalização seja o governo central, de modo que a ele cabe internalizar a norma, independentemente de a quem caiba o assunto na repartição interna de competências; ele é que cria a norma de origem convencional, independentemente de quem seja a atribuição de criar norma de origem puramente interna análoga, de mesmo conteúdo.

Essa sistemática tem desvantagens. Permite ao governo central regular tema que é, na verdade, competência dos estados, abrindo uma brecha na repartição de competências. Não faz sentido, porém, pensar que a ordem constitucional tolere tal esvaziamento do poder

estadual, deixando a União ferir de maneira oblíqua a repartição de competências. Assim sendo, em tese, quer haja ou não previsão constitucional expressa a respeito, podem os estados oferecer resistência em casos extremos, recorrendo ao eventual órgão responsável por controlar se a repartição de competências está, de fato, sendo seguida.

Mas o sistema também tem suas vantagens. Ele permite maior unidade no ordenamento, qualidade que tem uma grande importância, mesmo em se tratando de federalismo. Essa opção também confere ao ente que assina o tratado maior poder de negociação, uma vez que ficará a cargo dele a internalização, em vez dele depender da atuação de outros entes internos.

Essa sistemática, na qual um mesmo ente é responsável pela celebração e ratificação de tratados, quer eles tratem de tema de competência desse ente na repartição interna, quer não, nada mais é do que o mesmo fenômeno que é por vezes denominado “lei nacional”. Em ambos os casos, um dos entes tem competência para criar normas que vinculem outros entes. Em se tratando de internalização de tratado, os demais entes internos acabam vinculados porque acabam tendo, na prática, o dever de não criar norma que contrarie o disposto na norma internalizada.

Assim sendo, se a União pode celebrar e ratificar tratados independentemente de seu conteúdo, ela o faz porque tem competência para criar norma que vincule não só a si própria, mas também os demais entes. A diferença é que aqui isso se dá não especificamente em virtude do assunto do qual trata a norma, e sim em função da via de produção normativa. A competência se dá não por causa do assunto do tratado, mas pelo fato de ser um tratado, o que configura a competência constitucional da União para lidar com relações internacionais.

Já se decidiu que a União tem competência para internalizar tratado que disponha sobre matéria de competência estadual, mas com base em razões distintas daquelas aqui expostas. Segundo o acórdão referente ao RE 229.096, tratado internacional em tema de competência estadual é válido. A competência para firmar tratados cabe apenas à República Federativa do Brasil, e não à União, mas é um órgão desta (o Presidente) que acaba representando tal República. O Presidente de República, o faz, contudo como Chefe de Estado, e não Chefe de Governo (BRASIL, 2008, p.985). É o Estado Federal que surge aqui como pessoa soberana de direito internacional, não se confundindo com a União, simples pessoa de direito público interno, em oposição aos estados federados (BRASIL, 2008, p.994).

Não se concorda com a visão expressa nesse julgamento. Ela, no fim, mistura pontos de vista distintos, o internacional e o interno. Que a República Federativa do Brasil celebre tratados está fora de dúvida: do ponto de vista externo, o que conta é o Estado, e não a União. Do ponto de vista externo, quem age sempre é o Estado brasileiro, sendo indiferente como se operam suas divisões internas.

Do ponto de vista do Direito Internacional, é irrelevante qual indivíduo ou conjunto de indivíduos terá o poder de assinar um tratado internacional, funcionando como órgão do Estado em questão. O que importa é que haja alguém com esse poder – e essa determinação será feita através do ordenamento interno. Do ponto de vista externo, do direito internacional, quem age é a República Federativa do Brasil, por meio de seu órgão competente para tanto, definido pelo direito interno. No Brasil, do ponto de vista interno, quem age é a União, competente para relações externas, através de seu órgão, o Presidente da República. Deve-se ter os dois pontos de vista de maneira bem separada, sem confundi-los. A visão de que responsável pela conclusão de tratado é a República Federativa do Brasil, e não a União, de modo que a norma internalizada é não da União, e sim da República, é justamente misturar esses pontos de vista. Essa é uma abordagem que não se revela como a mais tecnicamente adequada.

Dizer também que o Presidente da República assina como Chefe de Estado, e não Chefe de Governo, tampouco resolve a questão. Mesmo que isso seja correto, não se esclarece a que consequências isso leva, nem qual seria a razão por detrás dessa diferença. E, mesmo que isso assim seja, o Congresso Nacional, ao internalizar o tratado, não deixa de agir como órgão do governo federal, de modo que não se pode dar qualquer valor especial à norma internalizada; no fim, não há qualquer diferença entre uma lei federal e um tratado internalizado.

Assim sendo, o caminho apontado no julgado é uma falsa solução. Mistura os pontos de vista interno e internacional indevidamente. O que ocorre é que, do plano do Direito Internacional, quem celebra tratado é o Estado brasileiro; já do ponto de vista interno, quem age é a União, uma vez que ela tem a competência para relações internacionais. A União, através de seu órgão, o Presidente da República, é que age no domínio das relações exteriores. Os atos do Presidente são imputáveis, do ponto de vista exterior, à República Federativa do Brasil.

1.2.3 A Constituição da União e a dos estados

Partiremos do mais básico ao mais elaborado. Iremos começar a analisar o estado-membro e sua auto-organização, tema tradicionalmente abordado no federalismo.

Numa federação, os poderes locais costumam ter a faculdade de auto-organização, isto é, de criarem suas próprias constituições. Desse modo, os estados-membros são criados juridicamente quando da criação do Estado federal, possuindo, dentre outras prerrogativas, o poder de criarem sua próprias constituições. Essas constituições organizam internamente os estados-membros, disciplinando suas instituições e as relações de poder dentro desse ente da federação.

A constituição estadual, diferentemente da Constituição do Estado federal como um todo, não se fundamenta em si mesma. Fundamenta-se, sim, na Constituição do *Estado como um todo*, devendo seguir rigorosamente suas prescrições. Se ela pode existir, é unicamente porque assim permite a Constituição do todo, ou assim o determina. Há uma incontornável relação de hierarquia.

Assim é que ocorre no âmbito dos estados. Mas como é na esfera da União? Onde é que já se ouviu falar numa constituição da União como documento independente?

Na verdade, até onde se tem notícia, nunca existiu algo assim. Mas não é por causa disso que toda essa teoria do Estado federal cai por terra. O que importa não é haver ou não haver experiência nesse sentido, - e sim se essa é uma possibilidade no campo do dever-ser. Se no plano dos fatos não se exerce essa possibilidade, essa é outra história, ligada mais à Teoria Política do que ao Direito. O relevante, aqui, é verificar se este último comporta ou não a “Constituição da União” coexistir com a Constituição do *Estado como um todo*³⁶.

Retome-se Kelsen, ao afirmar que o órgão que cria leis pode ser distinto do que o que altera a constituição. Agora, aplique-se isso ao Congresso Nacional em sua estrutura tradicional, isso é, ao Congresso que acumule as funções de poder legislativo federal e de poder constituinte do todo. Desse modo, ter-se-á um parlamento e um parlamento constituinte. O parlamento, contudo, pertencerá à União, enquanto o poder constituinte não. Ele será órgão

36 Até porque, se o decisivo para se determinar o que é ou não possível fosse a prévia existência de experiência nesse sentido, nunca se poderia inovar. Se o próprio federalismo foi criado no século XVIII, isso se deu não porque já se exercera essa possibilidade no plano dos fatos, obviamente, e sim porque essa era uma possibilidade condizente com a estrutura do Estado.

única e exclusivamente do todo, ainda que absorvendo em si o poder constituinte da União. Quem definirá essa organização será o *Estado como um todo*, de modo que tal órgão, como dito, será um órgão exclusivo do todo.

Percebe-se melhor isso quando se desmembra tudo de uma vez, concedendo-se à União a faculdade de auto-organização e se deixa o detentor do poder constituinte exercer apenas suas funções próprias. Há o poder constituinte do todo, titularizado pelo órgão A. Esse poder cria juridicamente um Estado e lhe dá a forma federal, havendo União e estados-membros. Cada um desses entes possui capacidade de auto-organização, de modo que detém um poder constituinte próprio: o da União, é titularizado pelo órgão B; o do estado, pelo órgão B'. Abaixo do poder constituinte de cada ente há os poderes legislativo, executivo e judiciário, titularizados por órgãos distintos (C, D e E). Assim sendo, abaixo do órgão B (poder constituinte da União) encontram-se os C, D e E; abaixo do órgão B' (poder constituinte do estado), os C', D' e E'.

Esse esquema, no qual se parte do órgão A, titular do poder constituinte do todo, passando-se pelos poderes constituintes da União e dos estados (B e B', respectivamente), chegando-se aos três poderes de cada um deles (os trios C, D e E e o C', D' e E', respectivamente), representa o desdobramento máximo dos poderes que se pode ter num federalismo composto por União e estados. Todo órgão possui, então, única e exclusivamente as prerrogativas de um dos poderes, não acumulando a titularização de nenhum outro. Assim sendo, tem-se o poder constituinte do todo, os de cada ente e os poderes legislativo, executivo e judiciário próprios de cada ente, num total de nove. Se geralmente não ocorre um número tão grande de indivíduos ou conjunto de indivíduos detentores de poderes no federalismo, é porque há um acúmulo: os poderes legislativo e constituinte do estado encontram-se no mesmo conjunto de indivíduos, enquanto o constituinte do todo e legislativo da União acumulam-se em outro - havendo ainda o fato de a Constituição do todo englobar, por questão de opção política, a constituição da União.

Como já visto, o poder constituinte pode optar pelo federalismo, criando União e estados. O que ocorre geralmente, porém, é que o estado recebe também um poder de auto-organização, enquanto a União na prática não recebe (embora, teoricamente, possa receber).

Usualmente Constituição do todo engloba a constituição da União, determinando

suas instituições principais e suas relações de poder³⁷.

Desse modo, a norma hierarquicamente superior, a Constituição do todo, absorve a norma hierarquicamente inferior, a constituição da União, em vez de possibilitar que esta surja em um documento distinto. Isso se dá por uma escolha política tomada pelo poder constituinte.

Há diferentes razões para isso. A União é o elemento central, traduz a ideia de unidade nacional no dia a dia. É ela que representa o Estado no âmbito internacional. Tende a ser a única ou principal responsável pelas defesas, pelo comércio internacional, pela moeda, pelas comunicações dentro do país, dentre outros temas de mais alta relevância política. Por um lado, a criação de uma constituição costuma resultar de momentos de crise, podendo ser perigoso adiar a construção jurídica do ente que exerce o poder central. É melhor decidir tudo logo. Assim, a União encontra-se configurada de plano, podendo melhor desempenhar suas competências, tão vitais à manutenção do Estado.

Ademais, há outra razão para essa concentração de papéis: a visão tradicional de federalismo. Se, pela visão tradicional, a União é o ente supremo, não havendo algo como o *Estado como um todo*, há plena paridade: à União, corresponde a Constituição Federal; aos estados, as constituições estaduais. De modo que não haveria porque se pensar em uma outra constituição.

Em vez de dizer que a Constituição do *Estado como um todo* engloba a constituição da União, talvez fosse mais acurado dizer que, geralmente, por opção política, a Constituição daquele organiza diretamente a União, não fazendo o mesmo com os estados. Desse modo, evita-se o impulso de tentar enxergar e delimitar duas constituições no documento *Constituição Federal*. Não há duas constituições nesse documento – apenas uma, que organiza tanto o Estado em sua totalidade como o ente União.

O que importa do ponto de vista jurídico e de uma teoria do federalismo é que essa absorção da constituição da União por parte da Constituição do *Estado como um todo* pode tanto ocorrer quanto não ocorrer. O poder constituinte do todo pode não criar

37 No fim, ocorre o mesmo fenômeno de quando recebe tratamento constitucional um tema que não é tido como relevante o suficiente para fazer parte da Lei Maior. Como exemplo de tal é apontado no Brasil, por vezes, a questão da aposentadoria. A norma hierarquicamente superior trata de um assunto que é tido como mais digno de uma norma hierarquicamente inferior. Pode-se concordar ou discordar politicamente dessa absorção do tema por uma norma de hierarquia mais elevada, mas isso é perfeitamente possível a partir do prisma jurídico, e é a partir desse prisma que o Direito deve encarar a questão.

constituição de ente algum, de modo que tanto os estados quanto a própria União tenham que criar suas próprias. Pode também dispor tão minuciosamente sobre a organização de cada um deles que a Constituição do todo acabe contendo as constituições da União e a dos estados. Pode, por último, definir a constituição da União, mas não a dos estados, ou vice-versa. Tudo isso é juridicamente possível - e isso não importa, a rigor, em quebra do federalismo. A questão aqui é só de escolha política do poder constituinte do todo.

E mesmo quando se decide por uma das opções acima, há dentro dela uma variedade infinita de gradações. Pensemos, por exemplo, na atual Constituição brasileira. Ela prescreve o essencial da organização estadual amarrando-a explicitamente em alguns pontos como a duração do mandato do governador, e implicitamente em outros, como quando molda tão rigidamente a assembleia legislativa que na prática impede, nos estados, o bicameralismo. Amarras que vão tão longe que se exige simetria entre as constituições estaduais e a federal *e. g.*, quanto ao processo legislativo e às prerrogativas do Chefe de Executivo³⁸.

Como bem se vê, no federalismo não há um modelo necessário sobre para a auto-organização de cada ente, ou mesmo sobre se cada um deles deva ter essa capacidade. Há um imenso número de modelos alternativos.

Como já dito, o que ocorre em praticamente todas as experiências é que a Constituição do todo contém a constituição da União, mas não a dos estados. Assim sendo, estes tem auto-organização, criando suas próprias constituições, enquanto aquela não. A constituição da União é englobada pela Constituição do todo, encontrando-se dissolvida nesta última, o que a coloca no mesmo plano. Essa constituição, então, acaba fazendo parte do conjunto de normas de mais alta hierarquia do Estado federal - não porque seja a constituição da União, mas sim porque se encontra dissolvida na Constituição do todo³⁹.

De um ponto de vista extremamente limitado e superficial, pode-se dizer que, nesse sentido, a União parece ter menos poderes do que os estados; enquanto estes podem criar sua própria constituição, tal prerrogativa falece àquela. Isso já é feito pelo poder

38 Isso depende de opções políticas mutáveis. A Constituição de 1891 concedia aos estados ampla margem para sua auto-organização.

39 O que importa aqui não é o conteúdo da norma, e sim a sua forma. O que determina o nível hierárquico da “constituição da União”, ou melhor, do conjunto de disposições que viriam a compor a constituição da União caso ela existisse, como as referentes à separação de poderes, é o nível hierárquico da própria norma que contém essas disposições, e não as próprias disposições. Não é porque determinado conjunto de normas contém certas disposições referentes à organização da União que ele vai ter determinado nível hierárquico no ordenamento.

constituente do todo.

Analisando-se os diferentes poderes presentes no federalismo, nas diferentes órbitas, vê-se que há um paralelismo entre eles e os entes. Os três poderes da União pertencem à União; os do estado, bem como seu poder constituinte, ao estado; o poder constituinte do *Estado como um todo* pertence ao todo.

Colocando em outros termos, num esquema dos poderes do Estado, consoante a estrutura costumeiramente adotada no federalismo, encontra-se o poder constituinte no cume de tudo. A partir daí há uma ramificação. Por um lado, surgem o que são os poderes do estado-membro: constituinte, legislativo, executivo e judiciário. Como entre eles há uma hierarquia, os poderes da tripartição subordinam-se ao poder constituinte estadual, enquanto este encontra-se diretamente sob o poder constituinte do *Estado como um todo*. Por outro lado, em paralelo, a partir do poder constituinte do todo, defluem os poderes da União: apenas o legislativo, executivo e judiciário - como já visto, a Constituição do todo absorve a da União, de modo que se encontram no mesmo documento jurídico. Desse modo, não há um poder constituinte da União, seguindo-se diretamente para os poderes da tripartição. Não há uma simetria perfeita entre os entes, uma vez que um possui poder constituinte, e o outro não.

Já quando se constrói um esquema das coletividades do Estado federal, parte-se do todo; abaixo dele, havendo portanto uma subordinação, há uma partição entre estado-membro e União.

Há um paralelismo, uma identificação perfeita entre os dois esquemas. Se eles forem sobrepostos, ter-se-á o seguinte resultado: no cume do sistema está o todo, representado pelo poder constituinte do *Estado como um todo*. De lá há uma bipartição, surgindo a União e o estado-membro. Como a constituição da União é absorvida pela do Estado federal como um todo, não existindo como documento jurídico autônomo, encontram-se neste ente apenas os poderes legislativo, executivo e judiciário. Mas como o mesmo não se dá com o estado-membro, possui ele poder constituinte, de modo que em seu interior encontra-se imediatamente o poder constituinte estadual e, a ele subordinados, os poderes da tripartição.

É, pois, conveniente a inclusão, na teoria do Estado federal, do todo que cria União e estados. Sem ele, a teoria apresenta incongruências. É-se forçado a admitir que o poder constituinte do todo não existe, sendo ele na verdade o poder constituinte da União, admitindo-se que ele cria juridicamente o Estado e faz com que ele adote a forma federal, de

modo que são criados os entes da federação: União e estados. Em outros termos, o poder constituinte da União, que já pressupõe a existência da União, cria a União. Ou se cria uma explicação nova, realmente revolucionária em termos de lógica, apta a explicar a visão tradicional, ou se admite que o sistema não é funcional, devendo ele ser abandonado. Defende-se aqui a segunda alternativa.

1.2.4 O Estado federal é uno e indivisível; não é mera união de coletividades

Muitas vezes, diz-se que o Estado federal é união de coletividades, ou composto pelos estados-membros. Esse tipo de afirmação não resiste a um exame mais acurado do fenômeno federalista.

O Estado é sempre uno. Sempre provém de uma determinada concentração de poder, de sorte que sua forma é, tal como visto, mero acidente. Tanto faz se ele é unitário ou federal: ele sempre parte de uma origem comum. Como visto, primeiramente, há o poder constituinte originário, cujo exercício já implica a existência do Estado – pode ser um Estado não tão organizado, mas, mesmo assim, há um Estado. Somente após essa formação do Estado é que se decide pela forma federal ou unitária. Quanto ao aspecto puramente jurídico da unidade estatal, não há diferença alguma entre a primeira e a última forma.

O Estado é sempre criado juridicamente de cima para baixo, por assim dizer: parte-se invariavelmente de um centro de poder, o qual o concentra completamente. A partir desse centro as instituições e coletividades são juridicamente forjadas. Não se pode dizer que o Estado seja juridicamente composto por suas unidades inferiores, por vezes mesmo denominadas unidades constituintes, ou entes federados, o que implica uma construção jurídica de baixo para cima. Essa visão não procede.

Entende-se esse tipo de afirmação em virtude dos casos clássicos de formação de Estado federal: Estados Unidos e Suíça; em ambos os casos, a federação surgiu de Estados soberanos. Pode-se dizer o mesmo da Alemanha unificada. Mas esse tipo de visão já devia há muito haver sido desvanecida, uma vez que passaram a existir exemplos de Estados unitários que se converteram estados federais – como o Brasil, na transição para a República, ou a Bélgica.

Há Estados federais que surgem da adoção da forma federal por parte de um Estado até então unitário, de modo que não faz sentido usar termos como “ente federativo”,

ou “unidade constituinte” nesses casos. Mas não só neles: mesmo no caso de Estados federais que surgiram da fusão de Estados soberanos esses termos são inadequados. Eles podem levar à ideia, totalmente equivocada, de que esses estados ou unidades tenham uma existência jurídica própria, independente do Estado federal; que eles têm uma origem jurídica própria, sendo unidades ou estados com base em si mesmos, sendo apenas qualificados por “participarem” de uma federação, daí advindo os adjetivos “constituente” ou “federativo”. Esse tipo de concepção não tem fundamento a partir do ponto de vista jurídico.

Além de ser equivocado, pode acabar levando a enganos maiores ainda. Se se afirma que essas unidades ou estados têm existência jurídica própria, meramente fazendo parte de uma federação, é possível até mesmo asseverar que eles tenham direitos próprios – prerrogativas que lhe sejam únicas, insuprimíveis, intocáveis por parte do Estado federal. O que não procede.

Um Estado implica concentração total de poder, como já enfatizado: não pode haver um centro de poder que seja independente em relação a ele; se existe um centro assim, não se trata de um Estado. Um Estado, por ser soberano, cria e conforma as demais coletividades em seu interior.

Não faz diferença, do ponto de vista jurídico, a origem do Estado federal, se por conversão de Estado unitário previamente existente, ou fusão de Estados soberanos: Estado é Estado⁴⁰.

No caso de fusão de Estados soberanos, estes cessam de perdurar. Suas soberanias deixam de existir - amalgamam-se, criando algo totalmente novo, enquanto elas próprias são destruídas para sempre. O Estado federal tem uma soberania própria, totalmente independente das de Estados que hajam porventura existido previamente a ele. Juridicamente, não são os estados-membros que formam o Estado federal, e sim o Estado que, por adotar a forma federal, cria os estados-membros. Os estados-membros são mero desdobramento do *Estado como um todo*; são, assim como a União, mera emanção sua, sem qualquer existência jurídica autofundada; são, assim como as províncias de um Estado unitário, parte de um mesmo todo, sem qualquer direito próprio ou existência jurídica independente da estrutura estatal.

40 Caso contrário, caso houvesse diferença oriunda da origem do Estado federal, jamais se teria uma categoria “Estado federal”: ter-se-iam duas categorias distintas, com características próprias, uma para cada tipo de formação.

Também é incorreto afirmar que os Estados até então soberanos, ao constituírem um novo Estado que adote a forma federal, perdem sua soberania, mas mantêm sua autonomia. Autonomia e soberania são características completamente distintas; a diferença entre elas é qualitativa, e não quantitativa. Soberano é o poder que define a própria esfera de atribuições; autônomo, o que tem sua esfera de atribuições determinada por um poder exterior a ele, como visto. Trata-se de conceitos completamente incompatíveis, não podendo nada ser, ao mesmo tempo, autônomo ou soberano; é-se um ou outro, ou nenhum, mas nunca ambos. Não há como um poder definir sua própria esfera de atribuições ao mesmo tempo em que tem essa mesma esfera de atribuições determinada por um poder exterior.

Dizer que os Estados perdem sua soberania, *mantendo*, todavia, sua autonomia, é afirmar que eles sempre detiveram autonomia, já que só se mantém o que previamente se tem. Se eles *mantêm* sua autonomia, eles não passam a tê-la a partir da criação da federação; tinham-na, sim, antes desse evento. Isso é tratar a soberania e a autonomia como se fossem essencialmente a mesma coisa, configurando-se a soberania numa espécie de autonomia reforçada, ou mais ampla, num círculo de poderes maior que o daquele que caracterizaria a autonomia. Isso é afirmar que a diferença entre ambas é de quantidade, e não de qualidade. Os Estados perderiam parte de seus poderes, mantendo outros, sendo a sua soberania rebaixada a uma autonomia.

Essa visão não pode prosperar. A soberania de Estados previamente existentes à criação do novo Estado federal cessa de existir completamente. Não há mais Estado soberano que, como tal, atribua sua própria esfera de atribuições. No máximo, há, juridicamente, estados-membros com os mesmos nomes e territórios dos Estados até então existentes, recebendo, como entes de uma federação, suas esferas de atribuições por um poder que lhes é externo.

A diferença entre autonomia e soberania é total. Os Estados até então soberanos, ao constituírem um novo Estado que adote a forma federal, não perdem sua soberania, mantendo sua autonomia – eles perdem sua soberania, e passam, em virtude da forma federal de Estado, a ter autonomia.

Naturalmente, ao se falar de escolha de forma de Estado, fala-se também de política, o que envolve as mais diferentes variáveis, como fatores sociais, históricos e culturais. O que ocorre é que, quando se trata da união de diferentes Estados para a formação

de um novo, o que se adota é a forma federal por razões de conveniência política. Quem detém o poder político de cada Estado está acostumado a poder administrar seus assuntos por conta própria, sem ingerências de qualquer outro lugar. Estando-se tão habituado a essa ampla margem de liberdade, é de se compreender que haja uma tendência à não aceitação de um novo Estado com a forma unitária, onde o poder central pode interferir tão facilmente nos assuntos locais. Dessa forma, como solução política, tende-se a adotar a forma federal, uma vez que ela protege melhor os poderes locais do poder central.

O federalismo é, nessas hipóteses, adotado para viabilizar a criação de um novo Estado, surgindo como solução política. É escolhido dentre possibilidades distintas por ser tido como a melhor solução para se proteger os poderes locais. Essa tendência à escolha da forma federal dá-se por razões políticas; do ponto de vista jurídico, no que tange à existência do novo Estado, é indiferente a opção entre a forma unitária ou federal.

É perfeitamente possível que um grupo de Estados se una constituindo um Estado federal, sem que o estados-membros sejam territorialmente idênticos aos Estados previamente existentes. Podem surgir estados-membros com territórios diferentes daqueles dos Estados antes existentes. Não é necessário que os territórios dos estados-membros sejam iguais aos dos Estados preexistentes, nem as instituições⁴¹.

E Kelsen aponta a possibilidade de um grupo de Estados juntarem-se constituindo um Estado não federal, mas sim unitário: "Several independent States may, by an international treaty, unite not only into a federal, but also in a unitary State..."⁴² (2006, p.324).

O Estado não é composto por coletividades. No máximo, ele cria diferentes coletividades com territórios e nomes iguais aos dos Estados outrora existentes - e pode sempre desfazê-las. Juridicamente, há refundação total, um marco zero.

Juridicamente, os estados-membros não têm qualquer tipo de proteção contra o *Estado como um todo*, contra o poder primário. São a ele totalmente submetidos, existindo se e nos termos em que ele definir. No máximo, eles têm algumas características peculiares, que não se confundem, de modo algum, com proteção contra o *Estado como um todo*. Primeiro,

41 Na reunificação alemã, a Alemanha Ocidental, federal, incorporou a Alemanha Oriental, unitária, mantendo a forma federal. Mas o território que até então era da Alemanha Oriental não passou a ser o território de um único estado-membro (*Land*) da República Federal Alemã; pelo contrário, foi dividido em quatro, referentes a quatro novos *Länder*, surgidos do processo reunificatório.

42 Estados independentes podem, através de um tratado internacional, unir-se não apenas num Estado federal, mas também num unitário (Tradução nossa).

eles têm proteção contra a União, o poder central, quando ela age fora de suas competências – aí está, inclusive, a grande tônica do federalismo. Segundo, os estados têm proteção contra alterações constitucionais que não sigam o procedimento previsto pela Lei Maior (embora aí se possa dizer que não houve propriamente ação do *Estado como um todo*, dada a irregularidade, ou que houve violação de norma posta pelo poder constituinte originário, havendo invalidade). Terceiro, quando muito, têm sua existência assegurada em virtude de cláusula pétrea que garanta a forma federal. Mas esse óbice vem do poder constituinte originário, servindo de limite ao poder constituinte derivado, e não dos estados em si, de um pretense direito inerente a eles.

Desse modo, o Estado federal é muito mais do que mera união de coletividades: tem existência própria, sendo uno e indivisível.

1.2.5 O Município e o Federalismo brasileiros

Tratou-se até agora do federalismo na sua configuração clássica, isso é, no federalismo binário, no qual a divisão das competências se dá entre União e estados. Trata-se de uma escolha deliberada, uma vez que essa é a configuração da maior parte dos federalismos e, de qualquer maneira, é um modelo mais simples. Tendo-se já ciência de como o federalismo funciona, está-se apto já a analisar o problema específico do município no Brasil, que é declarado ente da federação.

Podemos fazer um paralelo, aqui, entre federalismo e separação de poderes.

É necessário que, em se realizando uma separação de poderes, tenha-se apenas três poderes, com as configurações que possuem o legislativo, o executivo e o judiciário? Há algo que impeça de se ter alguma divisão distinta? Não, é claro. Há uma infinita variedade de opções aqui, podendo-se desconcentrar o poder de outras maneiras. Pode-se ter apenas dois poderes, pode-se ter quatro, cinco, ou mais. E mesmo que se tenha numericamente três poderes, pode-se realizar, por sua vez, diversas combinações distintas, na divisão das prerrogativas entre esses três poderes.

Um exemplo de como a separação de poderes não precisa ser sempre nos moldes clássicos é o poder moderador. Já houve regime constitucional admitindo esse quarto poder em sua estrutura – o do Brasil Império.

Do mesmo modo funciona o federalismo na distribuição de poderes com base em

critérios territoriais. Podem-se separar as competências, os atos do Estado num número ilimitado de entes. Não há nada que obrigue todo federalismo a ser binário.

Desse modo, pode-se muito bem criar uma federação que tenha entidades além da União e dos estados. E esse é exatamente o caso do Brasil, onde o município possui uma esfera de competências exclusivas. Encontrando-se em pé de igualdade com a União e os estados no plano jurídico, o município está subordinado ao *Estado como um todo*.

O município possui um poder constituinte, de modo que pode se auto-organizar. A lei orgânica do município é, na verdade, sua constituição. Ao criá-la, a câmara de vereadores age como poder constituinte local. Subordinam-se a ele os poderes executivo e o legislativo⁴³.

A orientação da Constituição brasileira não é a única possível. Nos Estados Unidos, onde os estados-membros são como estados unitários, as cidades são suas descentralizações, a eles diretamente subordinadas⁴⁴. E se o estado-membro pode assumir uma forma unitária, por que não poderia assumir uma federal? Pode-se até mesmo haver o quadro em que a cidade seja parte de uma federação estadual. Nesse último caso, há então uma federação dentro de uma federação – uma verdadeira federação de segundo grau^{45 46}.

No Brasil, o soberano gera o poder constituinte e o *Estado como todo*,

43 Diferentemente dos demais entes, não possui poder judiciário, mas isso não importa em impossibilidade de ele ser ente da federação. Não é necessário que todos os entes da federação tenham os mesmos poderes - aliás, até onde se sabe, isso nunca ocorreu. Quem já ouviu falar de uma federação na qual a União possua poder constituinte?

44 Castro Nunes entende que nas federações os estados-membros são unitários (*apud* NUNES LEAL, 1997, p.162)

45 Utilizamos “federalismo de segundo grau” em acepção distinta daquela usada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: para o autor, a expressão faz referência ao federalismo brasileiro, uma vez que os municípios são, tais quais os estados, entes da federação (2011, p.86). Manoel Gonçalves Ferreira Filho também entende que, no Brasil, os estados são constitucionalmente descentralizados em municípios (2011, p.83). Não concordamos com essa visão, uma vez que os municípios não são internos aos estados, de modo que estes não se descentralizam naqueles, e sim se encontram ao lado dos estados-membros, em posição de igualdade jurídica, assim como a União; ademais, eles têm competências próprias, não exercendo competências dos estados-membros.

Ferreira Filho afirma exemplo de federação cujo estado-membro era também uma federação: a República Federativa Russa na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (2011, p.83)

46 Apesar de não ser uma construção até hoje verificada, não é impossível de ser feita. Não há nada no federalismo que impeça com que um estado-membro seja ele próprio dividido de maneira federalista. Basta pensar no caso da União Europeia: se um dia seus estados participantes cessarem de existir, dissolvendo-se num hipotético Estado da União Europeia, criando-se um Estado no sentido tradicional do termo, muito provavelmente essa nova organização adotará a forma federal. É quase inconcebível se pensar que haverá condições políticas para uma centralização tão grande como a do unitarismo. Desse modo, os Estados que atualmente são Estados federais, como a Alemanha e a Áustria, provavelmente manterão sua estrutura federal, de sorte que se terá um federalismo de primeiro grau (esfera central e as dos atuais Estados europeus) e outro de segundo grau (os atuais entes da federação alemã, por exemplo)

originando-o juridicamente e moldando-o. O Estado assume a forma federal, repartindo o exercício do poder político com base em critérios materiais e territoriais. Diferentemente da forma clássica, cria-se um federalismo ternário, no qual União, estados e municípios repartem as competências.

Não há absoluta simetria entre os entes quanto aos poderes que detêm, possuindo cada tipo de coletividade um conjunto diferente deles: a União possui os poderes legislativo, executivo e judiciário; os estados, os constituinte, legislativo, executivo e judiciário; os municípios, os constituinte, legislativo e executivo. Essa é a estrutura geral do federalismo brasileiro.

2 O QUE DEFINE O FEDERALISMO

2.1 Em Busca dos Elementos Essenciais do Federalismo

Usualmente, afirma-se que o federalismo tem uma série de características que lhe são próprias, como bicameralismo e competência residual dos estados. Analisaremos aqui, ponto por ponto, se esses fatores são realmente essenciais ao fenômeno federalista.

Até que ponto essas são mesmo características necessárias do Estado federal? Todo e qualquer Estado que adote a forma federal precisa seguir esse conjunto de características? Qual é o cerne do Estado federal, o núcleo que, se não for constatado em determinado Estado, impede que ele seja federal?

Para se aferir isso, o teste não é, a princípio, dos mais complicados. Basta pegar determinada característica, tida como fundamental, e retirá-la de um Estado federal real. Para tanto, basta selecionar um Estado que, indubitavelmente, é tido como federal, retirando dele, num exercício mental, essa característica. Os Estados Unidos, primeira federação da história, exemplo clássico de federalismo, é um forte candidato para esse tipo de procedimento.

Criemos mentalmente um Estado que seja idêntico àquele, com a única exceção da característica sob análise. Deixarão de ser esses Estados Unidos alternativos um Estado federal? Deixará o exercício do poder de ser feito em mais de uma esfera, tal como prescreve o modelo federal? Deixará de haver uma esfera própria da União e outra dos estados, nas quais o outro ente não poderá interferir?

2.1.1 Bicameralismo

Afirmção clássica é a de que no federalismo deve haver bicameralismo (por exemplo, BASTOS, MARTINS, 1988, p.217), de modo que haja uma Câmara, casa do povo, e um Senado, no qual os estados-membros são representados em pé de igualdade. Será mesmo esse um elemento imprescindível?

O cerne do federalismo é a repartição de competências: cada ente tem sua esfera própria de atribuições, não podendo sofrer ingerências dos demais. Não resta clara a relação do bicameralismo com esse princípio. O bicameralismo nada mais é do que diretriz de como deve ser a assembleia legislativa da União (e, como vimos, a assembleia constituinte do *Estado como um todo*). No que a representação dos estados vai influir na atribuição de competências? Em nada: ela continua a mesma.

Naturalmente, essa configuração dá um poder maior aos estados – mas isso, por si só, nada tem a ver com a repartição de competências. Os estados-membros têm maior poder político do que se não houvesse essa representação no Senado. Isso pode ser até conveniente para a harmonia no federalismo – mas não é imprescindível à sua existência ou configuração.

A própria experiência histórica desmente o caráter essencial do bicameralismo. Para começar, nem sempre o órgão de representação dos estados-membros tem os mesmos poderes que o órgão de representação do povo. Na Alemanha, por exemplo, o *Bundesrat*, assembleia representativa dos *Länder*, não tem a mesma importância e a mesma atribuição do *Bundestag*, assembleia representativa do povo. Em que pese estar relacionado a questões federais, tem suas funções mais limitadas⁴⁷.

Ademais, nem sempre a representação dos estados-membros no Senado dá-se de modo igualitário: por vezes, o número de representantes varia em função da população de cada estado. A Alemanha mais uma vez pode ser mencionada, já que no *Bundesrat* o número de representantes dos *Länder* é proporcional ao número de habitantes respectivos⁴⁸ – o que mais uma vez questiona a asserção de necessidade de bicameralismo.

47 O *Bundestag* tem atribuições que o *Bundesrat* não tem, como a criação de comissões para assuntos como relações internacionais, defesa e controle do serviço de informações (arts. 45a e 45d da Constituição alemã), além de eleger o chanceler (art. 63(2)).

48 Consoante o art. 51(2) da Constituição alemã, cada *Land* tem pelo menos três votos, sendo que os com mais de dois milhões de habitantes têm quatro, os com mais de seis milhões têm cinco, e os com mais de sete milhões têm seis.

O Senado, além de tudo, não é exclusividade do federalismo: estados unitários também podem tê-lo. Esse é o caso, por exemplo, da França, exemplo clássico de Estado unitário. O Brasil Império também pode ser mencionado.

Além de tudo, pode-se questionar até que ponto os senadores representam os respectivos estados em contraposição ao povo. Atualmente, os senadores são diretamente eleitos pela população do estado, e não escolhidos pelo chefe do poder executivo local, ou pelo poder legislativo local (nesse sentido, a Alemanha é exceção, já que são as assembleias locais que nomeiam os membros do *Bundesrat*). É assim no Brasil, é assim nos Estados Unidos desde a Emenda XVII, de 1913.

Não que a eleição direta dos senadores seja algo necessariamente pior do que a nomeação por autoridades estaduais – mas não se pode deixar de considerar que isso pode trazer seus inconvenientes, do ponto de vista do poder político do governo estadual. Se os representantes dos estados são nomeados pelas autoridades estaduais, garante-se que, de alguma forma, eles participarão da mesma linha política que a das forças estaduais então no poder: ou será o governador que nomeará, ou a maioria da assembleia. Essas forças estaduais, e com isso, os estados, terão maior poder frente ao governo central, podendo melhor fazer valer suas demandas no Senado.

Por outro lado, se os senadores são diretamente eleitos, sempre se corre o risco de, por uma série de fatores, ser eleito alguém de linha oposicionista ao governo estadual. Naturalmente, não se afirma que se irá necessariamente obrar contra o interesse do estado, mas o fato é que, por se tratar de uma posição política diferente daquela que é encampada pelo governo estadual, é provável que se discorde quanto ao que é interesse do estado-membro, o que enfraquece, no fim, a representatividade do estado-membro no governo central. Ademais, por se tratar de pessoas ligadas a linhas políticas distintas, é mais difícil de haver plena cooperação entre elas do que se ambas a mesma linha política tivessem.

Da mesma forma, pode-se questionar até que ponto os senadores representam os estados-membros com base na dinâmica política atual, diferente da dos séculos XVIII e XIX. Há intensa partidarização, de modo os políticos tendem, muitas vezes, a seguir os interesses do próprio partido, e não os de seu estado. Como afirmam Mendes e Gonet Branco, na “...medida em que os partidos, que são nacionais, galvanizam os interesses políticos, passam a deixar em segundo plano, também, os interesses meramente regionais, em favor de uma

orientação nacional sobretudo partidária” (2012, p.859)⁴⁹.

Façamos o teste proposto: peguemos os Estados Unidos, supondo que dele desapareça o bicameralismo. Deixaria ele de ser federal? Deixaria o poder de ser exercido em mais de uma esfera, tal como prescreve o modelo federal? Deixaria de haver uma esfera própria da União e outra dos estados, nas quais o outro ente não poderia interferir?

Evidente que não. Mesmo que se retirasse essa característica, ainda se poderia considerar esse Estado hipotético como federal, uma vez que União e estados seguiriam dividindo entre si o poder.

Como vimos, se se pode ter um Estado federal sem essa característica, ela não é fundamental ao sistema federal, de modo que é prescindível.

Deve-se rejeitar, portanto, o mito do bicameralismo como elemento essencial ao federalismo. Nem sempre a casa dos estados tem os mesmos poderes do que a casa do povo. Nem sempre todos os estados têm o mesmo número de representantes. O senado não é exclusividade da forma federal de Estado. Pode-se, inclusive, questionar, nos dias de hoje, até que ponto os senadores realmente representam os Estados⁵⁰.

49 Além do enfraquecimento da representação dos interesses estaduais por parte do Senado, podem-se apontar também outras razões para o crescimento do poder da União frente aos estados, como maior ação do Estado nos domínios econômico e social, o que requer uma ação planejada por todo o país. Mais especificamente no caso brasileiro, como razão da atual correlação de forças entre União e estados, podem-se apontar também outros fatores, como a falta de consciência do significado de federalismo por parte da grande maioria da população, a qual tende a invariavelmente responsabilizar o Presidente da República por quase tudo, bom ou ruim, independentemente de qual seja o ente competente para lidar com a matéria, como no caso da segurança pública, de modo que se espera que as respostas para os mais diferentes problemas venha, quase sempre, do centro; a grande superioridade de atuação dos meios de comunicação de abrangência nacional sobre os de atuação regional ou local, de modo que, por vezes, é mais fácil para o cidadão acompanhar os desdobramentos da política federal do que os da estadual ou mesmo os da municipal; a grande ênfase de um ensino jurídico pautado sobretudo na Constituição e nas leis federais, o qual dedica muito pouca ou mesmo nenhuma atenção a normas estaduais, o que leva a operadores do Direito que tendem buscar as soluções aos problemas na massa legislativa federal, bem como à diminuição da importância das normas estaduais frente aos seus olhos; a atuação de um Supremo Tribunal Federal centralista, que, fazendo uso do princípio da simetria, amarra os estados nos mais diferentes pontos no que tange a sua estrutura constitucional; e, como veremos, o fato de municípios serem entes autônomos, ao lado de estados e União, uma vez que eles tendem a possuir como atribuição matérias que seriam competência estadual caso eles fossem meras descentralizações administrativas dos estados.

50 Não se pode deixar de apontar a interessante tensão entre democracia e estados membros. A ideia legitimadora básica do federalismo é que ele permite um governo mais democrático, dada a maior proximidade entre os cidadãos e o centro de poder. Isso, todavia, nem sempre se verifica, servindo a República Velha de exemplo: em vez de fomentar a transparência da administração e um auto-governo democrático, a autonomia estadual serviu para proteger partidos únicos nos estados, controlados pelas oligarquias locais (SEELAENDER, 2010, p.99). Ademais, os desenvolvimentos atuais do federalismo ressaltam ainda mais essa tensão, uma vez que uma aproximação maior ainda entre cidadãos e governo, consubstanciada em municípios com autonomia constitucional, bem como na eleição direta de senadores, em vez de sua indicação pelo governo estadual, vem a diminuir os poderes estaduais na arena política.

Se tantos óbices e variações são possíveis, porque não pode haver mais? Por que, por exemplo, não se pode prescindir duma vez do Senado? O Senado não cria os estados, nem garante sua existência. Assim sendo, não é imprescindível ao fenômeno federalista.

2.1.2 Repartição constitucional de competências

Outro fator tradicionalmente levantado como característica essencial do federalismo é a repartição de competências em nível constitucional (por exemplo, MORAES, 2012, p.287). Mas isso confere? Pode-se dela prescindir para que haja um Estado federal?

Como é uma repartição infraconstitucional? Quem deve fazê-la é o poder central; não há como o poder local fazê-lo, uma vez que ele não abrange todo o território estatal. Por outro lado, se o poder central pode criar a esfera de ação do poder local, pode, em princípio, também alterá-la, quando não suprimi-la. Se uma determinada ação cabe ao poder local, pode ela, por ato do próprio poder central, ser transferida a ele mesmo. Como isso poderia ser compatível com a ideia federalista de um poder central e um poder local com esferas próprias de ação?

Simplesmente não o é. O que se tem aqui é algo que não um Estado federal, já que não há essa independência das duas esferas, tão necessária a essa forma de Estado. Uma vez retirada, acaba o federalismo, de modo que não há federalismo sem repartição constitucional de competências.

2.1.3 Controle jurisdicional de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário é tradicionalmente tido como indispensável ao Estado federal (por todos, BASTOS, MARTINS, 1988, p.218). Analisemos se isso procede.

A história dos Estados Unidos mostra que não. Ora, *Marbury v. Madison*, o grande caso do controle de constitucionalidade, data apenas em 1803 – dezesseis anos após a criação da Constituição, em 1787. A federação estadunidense existiu perfeitamente nessas quase duas décadas sem que existisse controle de constitucionalidade nos moldes de hoje.

Não bastasse isso, o caso seguinte de controle de constitucionalidade de lei do Congresso por parte da Suprema Corte foi *Dred Scott v. Stanford*, de 1857. Por cinquenta e quatro anos, entre *Marbury* e *Dredd Scott*, não houve controle de constitucionalidade de lei

federal. Se o federalismo nos Estados Unidos perdurou, é bem porque esse fator não é necessário.

Sobre o *judicial review*, afirma Friedman:

In the first generations of the New Republic, this mighty power was rarely used – and its very existence was a matter of controversy. The most famous instance was the great case of *Marbury v. Madison* (1803). Here, for the first time, John Marshall and the U.S. Supreme Court dared to declare an act of Congress unconstitutional. But the Court made no clear use of this power, against Congress, for over fifty years. The weapon was used more frequently against *state* statutes. State supreme courts, too, began to exercise judicial review. It was an uncommon technique; it was hated by Jeffersonians; some judges resisted it; it made little impact on the ordinary working of government. But when its occasion arose, it was an instrument of unparalleled power (2005, p.78)⁵¹.

Como enfatiza Friedman, o exercício do *judicial review* era algo muito incomum – teve, portanto, pouco impacto no funcionamento usual do governo. Ele só foi se consolidando com o tempo, enquanto, obviamente, a federação estadunidense seguia existindo, sem dele depender. O controle judicial de constitucionalidade não é, pois, indispensável ao funcionamento de uma federação. Não é, portanto, em elemento essencial desta última

Sobre os primeiros anos dos Estados Unidos, afirma Kramer:

Each new crisis raised or was entwined with constitutional questions. All were fought with the tools of popular constitutionalism, though these were modified some as the decade proceeded and traditional forms of politics were absorbed by the developing parties. None of the major constitutional issues made its way into court. In a decade noteworthy for its many constitutional crisis, the validity of a federal tax on carriages was, literally, the most momentous constitutional question to be faced by the Supreme Court. A handful of other constitutional issues made their way to the High Court during these years, of which the most significant was the Justices' decision to uphold jurisdiction in an action by a private party against the state of Georgia. The stir this created led to the adoption of the Eleventh Amendment a few years later. The question of federal common law was also controversial in the 1790s, though the controversy as it emerged partly involved fears that, if the common law was available as a source of federal law, then Congress could alter it (as federal legislators attempted to do in the Sedition Act). Hence, the focus of political concern centered as much on the behavior of Congress as that of courts – though courts too became a sore point for Republicans. In any event, the role of judges remained a

51 Nas primeiras gerações da Nova República, esse forte poder foi raramente usado – e sua própria existência era tema de controvérsia. O mais famoso exemplo foi o grande caso de *Marbury v. Madison* (1803). Aqui, pela primeira vez, John Marshall e a Suprema Corte dos Estados Unidos ousaram declarar um ato do Congresso inconstitucional. Mas a Corte não fez uso claro desse poder, contra o Congresso, por mais de cinquenta anos. A arma foi usada mais frequentemente contra leis estaduais. Cortes supremas estaduais, também, começaram a exercer *judicial review*. Ela era uma técnica incomum: era odiada pelos jeffersonianos; alguns juízes resistiram a ela; ele teve pouco impacto na atuação ordinária do governo. Mas quando sua ocasião surgiu, era um instrumento de poder sem paralelos (Tradução nossa).

peripheral matter until the end of the decade, when certain federal (and Federalist) judges made the mistake of too eagerly promoting prosecutions under the Sedition Act. It was a mistake for which the Republicans would make them pay after Jefferson's election (2004, p.94-5)⁵²

O papel das cortes era periférico na resolução de crises. Sem o controle de constitucionalidade de leis, elas foram resolvidas, e o Estado federal continuou a existir.

Levou muito tempo para que o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis passasse a ser tranquilamente admitido. Ainda em 1832, Andrew Jackson, em sua *Veto Message Regarding the Bank of the United States*, contestou a ideia de a Suprema Corte poder, sozinha, interpretar a Constituição. Para o presidente, esse poder de interpretação pertencia tanto à Suprema Corte quanto ao Congresso e à Presidência (1832).

Outro exemplo de ausência de controle judicial de constitucionalidade é o Império Alemão (FROTSCHER; PIEROTH, 2011, p.216). Quem exercia as atribuições típicas de uma corte constitucional era o *Bundesrat*. Ele era responsável não só por decidir conflitos de direito público entre diferentes estados-membros, mas também, subsidiariamente, conflitos constitucionais no interior de um estado.

É bem verdade que, na prática, o *Bundesrat* procurou, regularmente, intermediar os conflitos politicamente ou estabelecer um tribunal como instância decisória do conflito (FROTSCHER; PIEROTH, 2011, p.216). Mas isso não nega o poder da assembleia para decidir a questão.

Não é necessário que o órgão legitimado a resolver questões constitucionais seja um tribunal. Pode-se designar um outro tipo de órgão, ou mesmo resolver esses problemas

52 Cada nova crise levantava ou envolvia questões constitucionais. Combateu-se em todas com as ferramentas do constitucionalismo popular, apesar de esses modificados à medida que a década prosseguia e formas tradicionais de política eram absorvidas pelas partes (?). Nenhum dessas temas constitucionais principais alcançou os tribunais. Numa década notável pelas suas muitas crises constitucionais, a validade do imposto federal sobre transportes foi, literalmente, a questão constitucional mais relevante a ser encarada pela Suprema Corte. Algumas outras questões constitucionais alcançaram a Alta Corte durante esses anos, das quais a mais significativa foi a decisão dos *Justices* de declarar-se competente numa ação de uma parte privada contra o estado da Geórgia. A comoção que isso causou levou à adoção Décima Primeira Emenda alguns anos depois. A questão do *common law* federal também era controversa nos anos 1790, apesar de a discussão como ela emergiu haver envolvido parcialmente receios de que, se a *common law* fosse disponível como fonte de direito federal, então o Congresso poderia alterá-la (como legisladores federais tentaram fazê-lo no *Sedition Act*). Por isso, o foco das preocupações políticas centraram tanto o comportamento do Congresso quanto o das cortes – apesar de elas terem virado também um ponto delicado para os Republicanos. Em qualquer caso, o papel dos juízes permaneceu um assunto periférico até o fim da década, quando certos juízes federais (e Federalistas) cometeram o erro de promover acusações sob o *Sedition Act* muito avidamente. Esse foi um erro pelo qual os Republicanos fariam eles pagar após a eleição de Jefferson (Tradução nossa).

diretamente no campo político-legislativo. Mesmo a história mostra que não é necessário que haja controle jurisdicional de constitucionalidade, de modo que esse não é um elemento essencial do federalismo.

2.1.4 Rigidez constitucional

A rigidez constitucional é mencionada como característica essencial do federalismo (a título de exemplo, BASTOS, 2004, p.225). Sem ela, os estados supostamente não teriam vida própria, por sua autonomia não estar protegida contra investidas do governo central.

É célebre a distinção entre constituição rígida e flexível, sendo esta a que pode ser modificada por uma simples lei, enquanto aquela demanda todo um procedimento especial para a própria alteração. O exemplo clássico de Estado de constituição flexível é o Reino Unido. No caso de uma constituição flexível, no fim, há confusão entre poder constituinte derivado e poder legislativo. Não se pode propriamente distinguir entre ambos; o único indicativo de tal é quando a nova norma criada, geralmente por um parlamento, altera alguma norma tida como pertencente a um conjunto de normas considerado como a Constituição do Estado⁵³.

No Estado de constituição flexível com separação de poderes, aliás, sempre há uma tensão no arranjo institucional: se o legislativo se confunde com o constituinte, podendo alterar a Constituição, ele pode determinar a existência e a extensão dos poderes executivo e legislativo. O que significa que não há separação de poderes no fundo, uma vez que estes estarão à mercê daquele. Isso é ainda mais peculiar no caso do Reino Unido, uma vez que se diz que o soberano é não o povo, e sim o Parlamento; afirma-se tanto que o Parlamento é soberano, como que há tripartição de poderes, o que é insustentável: aquele é concentração do poder, enquanto este é sua separação – eles não podem coexistir no mesmo nível⁵⁴.

53 A definição do que é ou não parte da Constituição, nesse caso, passa a ser uma questão mais de classificação político-doutrinária do que qualquer outra. Naturalmente, alguns temas, como definição de atribuições de autoridades de alto escalão são claramente constitucionais, mas sempre haverá zonas cinzentas, e elas serão incômodas. A classificação do que é propriamente constitucional é mais difícil, uma vez que não há como se recorrer à forma da norma, devendo-se apelar ao seu conteúdo – e, aí, a subjetividade do intérprete tem grande papel.

54 Dizer que, no fundo, não há separação de poderes, não necessariamente implica que prevaleçam o arbítrio e a tirania no campo político. Pode-se, em virtude de características tradicionais de uma sociedade mais conservadora, mais afeita a transições graduais, estabelecer-se, no campo político, um equilíbrio maior entre os três poderes, de modo que é difícil um engolir o outro; pode-se, pelas mesmas razões, ter-se mais dificuldade, na prática, em se alterar uma Constituição flexível do que uma rígida de uma outra sociedade.

Para se analisar a possibilidade do federalismo conviver com uma Constituição flexível, deve-se ter em mente a estrutura do Estado federal. Nele há um todo, que se subdivide em União e estados.

Suponha-se que, com lei ordinária, possa o Congresso alterar a Constituição. Seria o fim do federalismo? A Constituição preveria as competências da União e dos estados, de modo que eles devam legislar nessas áreas. Mas se o Congresso, ao produzir uma lei, fosse além da competência da União, não cometeria nenhuma inconstitucionalidade. Haveria um conflito entre a norma da Constituição e a da nova lei. Como não haveria aqui o critério hierárquico, uma vez que a Constituição poderia ser alterada por simples lei, a resolução dessa antinomia se daria através dos critérios temporal e especial. Poderia a nova lei cuidar de um tema que não fosse da competência da União (isso é, que fosse da dos estados), porque o que se teria então é uma lei que derogaria as normas constitucionais estatuidoras de competência, limitando o seu âmbito de validade.

Dessa forma, na prática o Congresso poderia a qualquer hora legislar sobre temas de competência estadual, derogando competências estatuídas na Constituição. Um federalismo em que o poder central pode, quando bem entender, alterar normas do poder local, parece-nos, pois, inviável. Assim sendo, não há como se ter um federalismo com uma constituição flexível.

Mas isso não implica que o federalismo demande uma constituição rígida. Pode existir federalismo em regimes cujas constituições não possam ser classificadas como rígidas.

A divisão entre Constituição rígida ou flexível não se aplica a toda e qualquer Constituição: ela pressupõe, antes de mais nada, uma Constituição que seja alterável, emendável. Desse modo, se ela não puder ser alterada, essa divisão perde seu sentido. Por outro lado, se a Constituição for inalterável, também pode existir federalismo. Afinal, a repartição de competências constitucionalmente prevista será inalterável, de modo que os entes locais terão suas atribuições asseguradas frente ao poder central, não podendo ele agir nos campos de competência local. Também não poderão os entes locais agir nos campos de competência central.

Ademais, como ensina Kelsen, não é necessário que o órgão que possa criar leis seja o mesmo que possa alterar a Constituição. Essas atribuições podem ser destinadas a

Mas não deixa a ideia de separação de poderes de ser incompatível com uma Constituição flexível, ou com a doutrina de soberania do Parlamento.

indivíduos diferentes. A classificação constituição rígida/flexível pressupõe a união da capacidade de fazer leis e a de alterar a Constituição no mesmo indivíduo ou conjunto de indivíduos, o que é acidental na definição dos poderes estatais. O dualismo rígido/flexível não tem razão de ser quando essas capacidades não estão concentradas no mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos. Ora, pode-se ter uma federação também quando essas capacidades não se encontram reunidas. O poder legislativo central e o poder constituinte do todo serão exercidos por indivíduos distintos, de modo que os poderes locais estarão resguardados frente à ação do poder central. Apenas quem for responsável pela alteração da Constituição do todo é que poderá alterar a repartição de competências, não podendo nunca o(s) responsável(is) pelo legislativo central fazê-lo.

Desse modo, o Estado federal nunca terá uma Constituição flexível, mas não necessariamente terá uma rígida. Num Estado federal, a Constituição pode ser rígida ou inalterável, ou pode mesmo ocorrer de as capacidades de fazer leis e de alterar a Constituição não estarem reunidas no mesmo indivíduo ou conjunto de indivíduos.

2.1.5 Competência residual dos estados-membros

Pode-se vir a entender que é decorrência do federalismo que, na repartição de competências, caiba a competência residual aos estados-membros, uma vez que eles seriam as “unidades constitutivas” da federação (nesse sentido, SAMPAIO DÓRIA, 1953, p.37).

Efetuem, mais uma vez, a operação mental proposta: imaginemos como seriam os EUA se os estados tivessem um rol taxativo de competências, cabendo a residual à União. Isso alteraria essencialmente a forma de Estado? Deixaria de se ter ali uma federação? É claro que não. Ainda haveria entes autônomos, cada um com sua esfera de competências; ainda se teria a oposição entre estados e União. Não há qualquer ligação necessária entre federação e atribuição de competência residual aos estados.

Sequer é necessária a existência de competência residual. Pode-se repartir as competências utilizando-se apenas de listas discriminativas, como se faz com a União no Brasil, ou de cláusulas gerais, como ocorre com o município brasileiro. Não é juridicamente necessária a existência de competência residual. É fortemente recomendável do ponto de vista prático, pois se trata de válvula de escape, mas não é algo incontornável.

Ademais, esse tipo de competência nem sempre é muito relevante. É o caso do

Brasil, por sinal. Por um lado, a União tem extensíssima atribuição expressa de competências privativas, regulando a grande maioria das matérias; por outro, dada a grande malha de competências que detém, pode-se, com maior facilidade, usar da teoria dos poderes implícitos, entendendo-se que determinado assunto é competência federal. Os estados, também, têm praticamente todas suas principais atribuições estabelecidas na definição de competência concorrente entre eles e União. Por último, há também a competência municipal baseada no interesse local, a qual tem o potencial de esvaziar mais ainda a competência residual. Sobra muito pouco a esse tipo de competência.

A experiência demonstra que não há necessidade de atribuição de competência residual aos estados-membros, sendo possível concedê-la à União. Esse é exatamente o caso do Canadá, cuja Constituição, em seu artigo 91, 29, estabelece que o que não for designado às províncias será competência da União.

Também é o caso que se verifica na Bélgica - ao menos, até o momento em que for aprovada reforma constitucional que discrimine as competências federais, com base no artigo 35 da Constituição (BIN; FALCON, 2013, p.34).

No fim, a repartição de competências é plástica, podendo ser conforme os mais diferentes modelos. Pode-se discriminar as competências de cada ente uma a uma. Pode-se criar uma cláusula geral residual, e delegá-la a qualquer um dos entes. Pode-se utilizar da ideia de poderes implícitos. Pode-se utilizar a ideia de competência concorrente, delegando-se a diferentes entes a capacidade para criar normas com características diferentes.

Pode-se, também, utilizar de técnicas que mudem o ente competente para criação de determinada norma. Basta estatuir que, em acontecendo determinada hipótese A, a competência para lidar com o assunto B passará a ser de determinado ente C. Apesar da mutabilidade de ente competente, não se pode dizer que não se trate de repartição rígida de competências: ela ainda se dá mediante norma constitucional, sendo inalterável por norma infraconstitucional. Não se trata de mera divagação teórica - esse tipo de repartição de competências ocorre, inclusive no Brasil. Veja-se o disposto no art. 24, §§ 3º e 4º da Constituição: eles determinam que, em não havendo norma geral federal (hipótese), a competência para criar normas gerais referentes às matérias arroladas nos incisos do mesmo artigo (assunto) passará aos estados-membros (ente); em havendo legislação federal, a

competência passará a ser só da União⁵⁵. O art. 34, §8º do ADCT⁵⁶ também lida com o mesmo fenômeno, ao estatuir que, em não havendo em até sessenta dias contados da promulgação da Constituição lei complementar necessária à instituição do ICMS (hipótese), os estados e o Distrito Federal (ente) poderão fixar normas provisórias sob a matéria (assunto). A mera omissão normativa pode ser hipótese apta a ensejar a alteração de ente legitimado a criar determinado tipo de norma – basta a Constituição o prever expressamente.

Uma federação pode repartir as competências entre entes das mais diferentes maneiras. Conferir a competência remanescente não é, pois, elemento essencial do Estado federal.

2.1.6 Forma republicana

Há certa tendência em se dizer que só cabe federalismo onde há república; monarquia e federalismo seriam, pois, completamente incompatíveis.

Isso é questionável. Antes de mais nada, é dizer que disposições em constituições federais que imponham a forma republicana são inúteis. Como, por exemplo, o art. 4.4 da Constituição dos Estados Unidos, que estabelece que a União garantirá uma forma republicana de governo. Também pode-se mencionar a cláusula pétrea republicana, tradicional nas constituições brasileiras de 1891 até 1988. Ora, se só a república é compatível com o federalismo, não há porque existirem disposições assim – a república seria inerente a essa forma de Estado.

A experiência também desmente esse tipo de assertiva: basta considerar o Império Alemão, criado com a unificação no século XIX. Tratava-se de federação pautada em princípios monárquicos, com imperador, reis e nobreza. Essa experiência monárquico-imperial-federativa perdurou até o fim da Primeira Guerra Mundial.

55 A rigor, não faz sentido que um ente, ao criar norma sobre determinado tema, passe a ser competente sobre esse tema – isso seria destruir a repartição constitucional de competências, inutilizando-a. Mas o §4º é uma exceção, uma vez que ele visa a nada menos do que fazer com que o ente competente para criação de norma geral, a União, seja de fato o ente que cria esse tipo de norma, confirmando a repartição constitucional de competências, e encerrando a situação excepcional na qual o estado legisla sobre normas gerais.

56 “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. [...] § 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”

Aliás, se a monarquia constitucional restringe o papel do monarca, por que não seria possível fazer isso também no federalismo? Se se pode restringir os poderes monárquicos na separação de poderes, nada impede de se fazer o mesmo por meio do federalismo, delimitando-se a atuação do monarca à esfera de competências à qual ele se vincula.

Naturalmente, fala-se aqui apenas de monarquia constitucional. Assim como não faz sentido falar de separação de poderes onde vige monarquia absolutista, não há como se conciliar federalismo, forma de desconcentração de poder, com absolutismo monárquico.

2.2 A Diferença entre Federalismo e Unitarismo

Após essa abrangente análise do federalismo, pode-se tentar definir quais são as diferenças marcantes entre essa forma de Estado e o unitarismo.

Como visto, o Estado federal compõe-se de uma coletividade superior, o *Estado como um todo*, o qual cria, através de sua Constituição, diferentes entes, a União e os estados-membros, cada um com suas próprias competências. O Estado federal compõe-se de um poder primário, o qual cria os poderes central e local. Isso é o federalismo.

E o que é o unitarismo? Essa forma de Estado caracteriza-se por algo muito simples: a concentração de poder. Todo o poder estatal encontra-se reunido numa só esfera, podendo ela decidir sobre tudo. As coletividades locais derivam sua existência do governo central, sendo criadas e conformadas por lei. O governo central pode, a qualquer momento, rever sua posição, rearranjando as coletividades locais, extinguindo-as ou alterando seu rol de atribuições. Mesmo que determinado tema seja delegado às coletividades locais, podendo elas legislar a respeito, pode também o poder central retomar essa atribuição, total ou parcialmente, criando norma central que regule o mesmo tema.

Não há, pois, aqui, repartição rígida de competências: os entes locais não têm uma esfera própria, inviolável, livre do poder central. Os governos locais são criados em virtude de ato do governo central. O que eles têm pode ser, a qualquer momento, retomado pelo centro. Sua própria existência é decidida pelo governo central, podendo ele extingui-los a qualquer momento.

O contraste entre unitarismo e federalismo repousa na relação entre os poderes

central e locais: enquanto no federalismo há coordenação, no unitarismo existe subordinação. No primeiro caso há certa igualdade jurídica entre as diferentes esferas; no segundo, hierarquia.

A rigor, essa é antes a consequência do que a causa. Mas recorrer primeiro a essa figura ajuda a entender melhor a questão. Como afirmado, a decisão sobre a forma de Estado é uma que ocorre quando do exercício do poder constituinte: o originário a faz, e o derivado pode, a princípio, revê-la, adotando forma diferente. Assim sendo, a origem da diferença entre uma forma e outra só pode repousar na Constituição: são as disposições constitucionais que definem a forma de Estado.

A Constituição é a chave de tudo. Se ela determina que todos os poderes infraconstitucionais serão exercidos por uma mesma coletividade, tem-se unitarismo; se dispõe que os poderes infraconstitucionais serão exercidos por diferentes coletividades, não podendo uma interferir na outra, tem-se federalismo. No unitarismo, há a criação de uma única esfera, responsável por tudo; eventuais outras esferas são secundárias, estando sempre subordinadas à primeira. No federalismo, em contraste, criam-se diretamente duas esferas ou mais, tendo cada uma atribuições distintas; elas são coordenadas, não se submetendo uma à outra – elas todas se submetem diretamente à Constituição. No unitarismo, há apenas uma esfera; no federalismo, duas ou mais.

O determinante é a Constituição: o decisivo é se ela deixa todos os assuntos nas mãos de uma coletividade, ou se ela reserva diferentes temas para diferentes coletividades. Reservando-se uma atribuição única e exclusivamente a um ente, não podendo outro, de nenhum modo, criar normas a respeito, enquanto, de maneira recíproca, esse outro ente tem atribuições pelas quais só ele é responsável, não podendo o primeiro delas dispor, tem-se federalismo⁵⁷.

57 Para Victor Nunes Leal (1997, p.114), seguindo Durand, o essencial no federalismo é que o legislativo federal não possa violar as competências privativas dos estados, não sendo a ampla soma dos poderes privativos dos estados-membros o ponto vital do sistema federativo. Pinto Ferreira (1989, p.386, p.378) também cita C. Durand (*Les États fédéraux*, Paris, 1930); o francês defende que o Estado federal é Estado no qual certas coletividades públicas inferiores, os estados-membros, possuem órgãos próprios, sendo a descentralização estabelecida pela Constituição, e não por lei ordinária, tendo os estados competências exclusivas, alheias ao controle de qualquer outro órgão estatal não constituinte.

Do mesmo modo, Celso Bastos afirma que no federalismo a repartição de atribuições se faz no nível constitucional, enquanto no unitarismo ela é feita unilateralmente pelo governo central (2004, p.232-3). O autor entende que o federalismo, por outro lado, também necessariamente tem outras características, como Constituição escrita, dotada de certo grau de rigidez, e Suprema Corte que dirima controvérsias entre União e estados em função de critérios jurídicos e não segundo razões meramente políticas (2004, p.225). Por outro

Por outro lado, se uma coletividade detém todo o conjunto de atribuições, direta ou indiretamente, podendo passar por cima das demais coletividades, e regulando temas de sua competência, tem-se unitarismo. O que basta é o poder central poder fazer isso, sem que se tenha que, de algum modo, alterar a Constituição⁵⁸.

Desse modo, não há no unitarismo uma estrutura composta poder primário, poder central e poder local. Os poderes primário e central, no Estado unitário, acabam por se confundir. Todos os poderes infraconstitucionais são exercidos pelo governo central, quer direta, quer indiretamente através dos poderes locais. Há apenas uma grande esfera no nível infraconstitucional, e não múltiplas, como ocorre no federalismo. De modo que, no que tange a esferas de governo, não há porque diferenciar o nível constitucional do nível infraconstitucional, como se cada um pertencesse a coletividades distintas. Há relação de hierarquia entre esses dois níveis normativos, mas não é por causa disso que ambos deixarão de pertencer ao mesmo ente – assim como, no estado-membro com a configuração clássica, o poder constituinte estadual e o poder legislativo estadual pertencem à mesma coletividade, em que pese a diferença hierárquica de produção normativa⁵⁹.

Do ponto de vista infraconstitucional, o poder central não é contraposto a nada, ao contrário do que ocorre no federalismo. Só se pode considerar, no federalismo, que existe uma coletividade superior, distinta do poder central, porque o poder central é contraposto às esferas locais. Como o Estado demanda unidade, não se pode entender que as esferas central e local existam cada uma a título próprio, coordenando-se reciprocamente no que tange à repartição de tarefas, uma vez que isso seria admitir que há pluralidade, e não unidade; do mesmo modo, como algo não pode ser duas coisas distintas, não se pode dizer que o poder central, a União, é superior e igual aos governos locais, sob pena de absurdo lógico. Isso é o

lado, contraditoriamente, afirma que “A Federação é o ponto culminante deste processo de descentralização porque aos entes locais se confere o máximo de prerrogativas estatais a ponto de se ver nessas próprias entidades um Estado em si mesmo” (2004, p.235), o que é dizer que o federalismo é o ponto máximo da descentralização, contrariando a afirmação de que um Estado unitário pode ser mais descentralizado do que um federal.

58 Não é necessário que qualquer lei ordinária tenha esse poder. Pode muito bem a Constituição estabelecer que a atribuição dos poderes locais será objeto de uma lei especial, oriunda de um processo legislativo cujo procedimento seja mais rígido do que o usual; ou única e exclusivamente, através de determinado tipo de norma, em alguma circunstância especial. Isso não altera a questão em nada, porque, no fim, o poder de decisão sobre os poderes locais estará não na Constituição, não no poder constituinte, mas no poder central. A questão dos poderes da coletividade local ainda será decidida infraconstitucionalmente.

59 Naturalmente, a diferença hierárquica tem suas repercussões, como a invalidade de norma inferior que contrarie a superior. A diferença é que ambos os níveis hierárquicos pertencerão à mesma coletividade.

que leva à conclusão de que existe, no federalismo, uma coletividade de outro tipo, superior às demais, que seja a origem e o fecho do sistema, e que cria os governos central e local. Deve-se ter essa cisão de coletividades.

Ora, como vimos, a contraposição entre duas ou mais esferas, em pé de igualdade, no federalismo, que é o que leva à conclusão de que há uma coletividade superior, criadora dos poderes central e locais, não existe no unitarismo. Nesta forma de Estado, o poder é todo concentrado numa única coletividade; demais coletividades, se existentes, subordinar-se-ão a ela. Todo o poder já está infraconstitucionalmente concentrado num único ente. Se não há essa contraposição entre coletividades, havendo apenas subordinação, não há porque se afirmar que exista uma coletividade superior, criadora e coordenadora de tudo. Tem-se apenas uma única coletividade, dotada de nível constitucional e infraconstitucional. No unitarismo, poder constituinte originário, poder constituinte derivado e poderes da tripartição clássica com abrangência sobre todo o território pertencem a apenas um ente.

No federalismo, há contraposição entre diferentes entidades infraconstitucionais; no unitarismo, há apenas uma coletividade infraconstitucional, a qual pode eventualmente vir a criar outras entidades que lhe sejam subordinadas. No federalismo, há distinção entre poderes primário e central; no unitarismo, ambos se confundem. Essa é a diferença essencial entre ambas as formas de Estado.

Essa visão também tem desdobramentos interessantes. Viu-se, com base em diversos autores, que a separação de poderes e o federalismo, no fundo, são fenômenos paralelos. O que é confirmado com as presentes definições de federalismo e de unitarismo.

O federalismo, como visto, é estrutura na qual há contraposição entre diferentes entidades com base em critérios territoriais (ou territoriais e materiais). A ausência dessa contraposição configura o unitarismo. A separação de poderes, por sua vez, é estrutura na qual há contraposição entre diferentes órgãos com base em critérios funcionais (ou materiais); assim sendo, a ausência dessa contraposição leva a uma estrutura na qual há concentração de poderes.

A forma de Estado é antes questão de forma do que de conteúdo: o relevante não é o rol de atribuições de cada coletividade, nem como são suas instituições, e sim como, do ponto de vista formal, se dá a criação dos diferentes entes. Se são criados por norma constitucional, tem-se federalismo; se por norma infraconstitucional, tem-se unitarismo. O

relevante é a posição formal no sistema jurídico, não o conteúdo das atribuições.

Não há nada que necessariamente ligue forma ao conteúdo; trata-se de dimensões distintas, sem nenhum vínculo aqui. Não há nada que faça com que uma coletividade de um Estado unitário, isto é, uma coletividade cuja existência é decidida infraconstitucionalmente, não possa ter um rol de atribuições maior do que uma coletividade de um Estado federal, cuja existência é decidida constitucionalmente⁶⁰.

Na prática, como o federalismo tende a acompanhar a ideia de amplos poderes locais, sua adoção surge como maneira de garantir tal amplitude. Mas isso é mera tendência, e não necessidade.

Se, nos Estados Unidos, a Constituição não determinasse a medida dos poderes locais, haveria federalismo? Certamente que não.

Cabe, porém, perguntar: seria inconcebível um Estado unitário cujos entes locais tivessem um extenso rol de poderes? Haveria uma “natureza das coisas” que impedisse tal estrutura? Seria completamente impossível criar lei com esse tipo de conteúdo? É claro que não.

No fim, a questão da forma de Estado cinge-se mesmo à forma: à forma da norma criadora dos diferentes entes, se constitucional ou não. Assim sendo, pode-se dizer que, no fundo, os estados-membros não passam de províncias que têm autonomia reforçada do ponto de vista formal; as províncias, de estados-membros que têm autonomia minorada do ponto de vista formal.

Não há nada, em si, que faça com que o rol de atribuições do governo local de um Estado unitário não possa vir a superar aquele do poder local em uma federação. O rol de atribuições é conteúdo, é substância, enquanto a forma de Estado é forma da norma que contém esse conteúdo; são dimensões completamente diferentes, sem qualquer tipo de

60 Celso Ribeiro Bastos também disserta nessa direção. Afirma: “Embora a Federação seja uma técnica de distribuição do poder posta a serviço de um ideal de descentralização, é de mister, no entanto, reconhecer que não é este o único caminho pelo qual se atinge uma maior distribuição das competências dentro do Estado. Na forma unitária de organização estatal vamos encontrar, não raras vezes, o poder partilhado entre órgãos locais e centrais de uma forma mais acentuada do que em certas Federações que, esvaziadas de substância, mantêm um caráter eminentemente formal, o que significa dizer que as coisas se passam como numa federação autêntica com a só diferença de que a margem de atuação autônoma dos Estados-Membros é muito pequena. De outro lado os Estados Unitários, valendo-se de uma simples delegação de poderes feita pelo órgão central, a critério seu, podem, em certos casos, atingir um nível mais acentuado de descentralização, quer tão-somente dos poderes para executar a lei, como também dos poderes para editá-la. A esses Estados que provêem Legislativos regionais, mas por disposição de lei ordinária e não da própria Constituição, dá-se o nome de Estado Unitário Politicamente Descentralizado” (2004, p.232-3).

vinculação.

As formas de Estado são amplamente flexíveis e variáveis, não se prendendo a certos conteúdos. O federalismo não requer bicameralismo, senado, forma republicana, nem qualquer outro desses elementos tidos usualmente como essenciais. Ele é forma - e nada mais. Pode assumir uma miríade de configurações, a depender das circunstâncias e das necessidades políticas envolvidas. Isso ocorre porque o direito, assim como a política, é altamente flexível, podendo variar infinitamente. Não há conteúdo predeterminado impositivo ao ordenamento jurídico. Tudo vai depender das circunstâncias, infinitamente variáveis ao longo do tempo e do espaço.

Se determinados elementos são considerados como centrais ao federalismo, como bicameralismo e forma republicana, isso se dá por questões de tradição. A primeira federação da história assumiu esses elementos, influenciando imensamente os casos posteriores de federalismo. Essa influência foi tão forte que não se conseguiu mais cindi-los do federalismo na arena política, salvo raras exceções; no imaginário, contudo, essa ideia permanece. Ademais, propostas como a de bicameralismo com representação estadual correspondem fortemente às mesmas necessidades políticas que impulsionam a criação de uma federação - desconcentração do poder político, diminuindo-se a amplitude do poder central em benefício de autoridades locais -, de modo que tendem caminhar juntas às propostas de federalismo desveladas. Mas isso não significa que haja vínculo necessário entre elas e a forma federal de Estado.

As posições defendidas aqui são facilmente criticáveis, se adotada uma abordagem mais substancialista do fenômeno federal, pautada na experiência tradicional. Levadas às últimas consequências, as posições aqui expostas poderiam justificar a existência, só aparentemente paradoxal, de Estados federais altamente centralizados.

Pode-se dizer, também, que nossos critérios não resolvem todos os problemas federativos. Essa é uma teoria do federalismo que não dá conta de todos os problemas dessa forma de Estado. E isso é claro sobretudo no direito brasileiro, que veda emenda constitucional tendente a abolir a forma federal de Estado. Conforme o modelo aqui defendido, para se ter federalismo, basta haver distribuição constitucional de competências entre as diferentes coletividades. Dentro desse quadro, bastaria se manter repartição constitucional para não se violar a cláusula pétrea - poderia emenda constitucional esvaziar

completamente os poderes estaduais e municipais, que mesmo assim se teria federação.

Pode-se começar a responder a essas críticas dizendo que, na verdade, a visão tradicional de federação incorre em dois erros: o primeiro é a inexistência de uma coletividade superior, que crie e conforme União e estados; o segundo é a total mistura de critérios jurídicos e políticos na hora de definição do que é federalismo.

Ora, uma coisa é dizer que a União é soberana, tendo a *Kompetenzkompetenz*, e que os estados são autônomos. Outra, completamente distinta, é afirmar que uma série de fatores são necessários ao federalismo – como bicameralismo e corte constitucional –, embora eles não tenham correlação alguma com essa estrutura proposta de soberania do governo central. Tratou-se, ao longo desse trabalho, do primeiro equívoco da visão tradicional. Analisaremos agora melhor o segundo.

Como já demonstrado, não há nada que vincule fatores como bicameralismo, república e corte constitucional a uma visão de federalismo em que União seja soberana (ou a uma em que soberano seja o *Estado como um todo*) Essas visões são de estrutura, enquanto esses fatores dizem respeito a conteúdo. Não há ligação entre um e outro. O que há é a mentalidade tradicional, secular, que associa federalismo a esses fatores, sem maiores questionamentos. Mentalidade que mistura completamente o que se pode chamar de autonomia material e autonomia formal dos poderes locais.

A visão tradicional é equivocada. Não faltam Estados unitários com bicameralismo e forma republicana. Uma grande autonomia material dos poderes locais é possível em qualquer forma de Estado.

Não há sistematicidade em se definir, do jeito que é tradicionalmente feito, que federalismo é onde ocorre determinada estrutura e estão presentes determinados fatores que gerem ampla autonomia material aos governos locais, como bicameralismo, análise constitucional de repartição de competências, etc. Porque, se para se ter um federalismo necessita-se da combinação de ambos os fatores, o que ocorre quando se tem a estrutura de uma federação, mas não se tem os fatores políticos próprios dela? Quando a autonomia formal dos poderes locais corresponde àquela da federação, mas não a material? Em outros termos, o que é, consoante essa visão, um hipotético Estado em que haja repartição constitucional de atribuições na qual os governos locais não tenham grandes poderes, não os tendo na extensão necessária para que se tenha federalismo?

Não se fornece, dentro da visão tradicional, resposta a isso. No máximo, pode-se vir a dizer que esse é um Estado unitário na prática, em que pese sua estrutura. Mas isso não é correto. Na análise da forma de Estado, não se pode ignorar a estrutura por ele adotada. Esse não é um Estado unitário, já que o poder não está concentrado em apenas uma esfera. Ainda se tem duas esferas distintas, cada qual com suas atribuições – ainda que uma delas tenha pouco poder; o poder central não pode criar normas que versem sobre matérias de competência local. Não se pode chamar esse Estado de unitário, apesar da concentração de poder. Assim sendo, o que é esse Estado? Não é federal, não é unitário, é então o quê?

Esse é o grande problema de se exigir de um Estado uma série de elementos políticos, ou critérios materiais, para que ele seja tido como federal. Sempre fica o problema de quando se tem um Estado cuja estrutura seja federal, mas cujos elementos não correspondem ao que é tido como necessário ao federalismo (em que pese não haver, como dito, qualquer necessidade entre um e outro).

Esse tipo de situação não é explicado pela visão tradicional de federalismo. Do mesmo modo, ela não explica o que se tem quando determinado Estado unitário é amplamente descentralizado, de uma maneira tida por não correspondente à forma unitária.

Pode-se contra-argumentar afirmando que a estrutura não é importante para que se tenha federalismo ou unitarismo; o que importaria, sim, é quão amplos são os poderes locais. Mas, aí, reduzir-se-ia a questão da forma de Estado à extensão da descentralização. Elementos como repartição constitucional de competências e possibilidade ou não do poder central alterar as atribuições locais tornar-se-iam, então, irrelevantes. Essa visão, a qual nega a existência de diferentes esferas contrapostas, em nada auxilia ao estudo do federalismo

Uma nota importante: esse grau de centralização correspondente a determinada forma de Estado, no fim, nada tem a ver com as instituições que nele existem. No fim, defender que para se ter federalismo deve-se ter ampla descentralização e instituições como Congresso bicameral é, mais uma vez, misturar critérios. Essas instituições tidas como típicas do federalismo nada têm a ver com o grau de descentralização do Estado. Prova disso são o Brasil e os Estados Unidos: em que pese ambos terem um desenho institucional muito semelhante, uma vez que o daquele é fortemente influenciado pelo deste, os graus de centralização de ambos são completamente distintos. Desse modo, não há porque atrelar essas instituições tidas por necessárias ao federalismo ao grau de descentralização política – assim

como não há como se atrelar essas instituições à configuração estrutural do Estado. Um congresso bicameral, com casa dos estados-membros, por exemplo, não é garantia de ampla descentralização.

Do mesmo jeito, para que os governos locais tenham amplos poderes, não basta o delineamento de determinadas instituições: um amplo rol de atribuições de nada serve se não se detém os meios financeiros necessários à sua realização. De nada adianta um grande conjunto de competências se os estados-membros não tem fundos para exercê-las adequadamente, precisando recorrer ao auxílio do governo central – não há governo próprio sem independência financeira.

Uma abordagem substancialista do federalismo, pautada na autonomia material das entidades locais, tem que levar em conta mais esse fator, de modo que deve versar, ao mesmo tempo, sobre o rol de atribuições dos governos locais, suas instituições e eventuais interferências na formação da vontade do governo central, assim como sua capacidade financeira. Tudo isso, além de considerar o caráter formal das entidades. Esse tipo de classificação claramente não é prático, apesar de ser o tradicionalmente utilizado no estudo do federalismo - não é à toa que até hoje não se chegou a um consenso a respeito de quais são os elementos essenciais dessa forma de Estado⁶¹.

Passaremos, agora, a fazer como a teoria tradicional, que analisa conjuntamente os diferentes tipos de atributos.

Criemos, então, uma classificação pautada em critérios de autonomia formal e de autonomia material dos poderes locais. Desse jeito, proveniente das diferentes interações possíveis entre esses elementos, pode-se ter quatro tipos de Estado: um em que se tenha estrutura unitária e centralização (unitário), outro em que se tenha estrutura federal e

61 Tome-se por exemplo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p.79-80), o qual distingue entre Estado federal e Estado unitário constitucionalmente descentralizado. A diferença seria que, neste, a descentralização política é inscrita no próprio texto constitucional, não tendo o poder constituído central à sua mercê a existência e a amplitude da descentralização, estando tal apenas nas mãos do poder constituinte central, além de os poderes locais não terem um poder constituinte próprio. Admite o autor a dificuldade em ficar a linha separadora entre esse fenômeno e o federalismo, o qual seria para muitos arbitrária e artificial. O autor tenta traçá-la, afirmando que no federalismo a estrutura federativa é intocável, há sempre participação dos estado-membros no poder central e os poderes locais sempre têm poder constituinte próprio, estando nesses dois últimos o cerne da autonomia estadual. Mas mesmo Ferreira Filho reconhece que esses critérios são frágeis, já que pode haver a partidização dos senadores e a auto-organização extremamente limitada dos estados-membros, reduzida a quase nada. Esses critérios apontados pelo autor são frágeis, já que, no fim, não têm justificação sistemática. O que há, nos dois casos, é federalismo, já que há repartição constitucional de competências, tendo cada ente uma esfera própria de atribuições.

descentralização (federal), outro em que se tenha estrutura federal e centralização (semi-federal), outro em que ocorra estrutura unitária e descentralização (semi-unitário).

Ainda restariam, contudo, indefinições graves quanto ao estudo da forma de Estado. Afinal, o que é uma centralização correspondente ao Estado unitário? O que é uma descentralização que faça jus a um Estado federal? Não há critério objetivo com que se possa responder essa questão - e esse é justamente o problema. Querer pautar a definição do federalismo nesses moldes é querer não definir, de uma vez por todas, o que é ou não forma federal de Estado.

Definir o problema nesses termos é abrir amplo espaço para a subjetividade e a indefinição. É fazer a resposta depender fortemente do intérprete, deixando-a submetida às inclinações políticas e crenças do indivíduo que analisa o problema, assim como ao seu grau de influenciabilidade frente às experiências tradicionais de federalismo. Fazer isso é possível, mas é gerar uma miríade de problemas, assim como prolongar infinitamente o debate sobre o tema. Sinal disso é o fato de, apesar de existir desde os fins do século XVIII, o federalismo ainda não ter definição pacificada. E não a terá, enquanto essa definição depender de elementos tão subjetivos como esse.

Uma definição pautada em critérios políticos como esses, tão subjetivos, faz com que o debate seja fragmentado. Não só pelo fato de as respostas variarem de indivíduo para indivíduo, mas também pelo de não haver resposta una para as diferentes culturas ao longo do tempo e do espaço. O padrão do federalismo alemão não é o brasileiro; este, atualmente, não é o mesmo da República Velha.

E, no fim, é justamente esse atrelamento do fenômeno federal a um determinado grau mínimo de descentralização que faz com que, por vezes, os municípios no Brasil não sejam reconhecidos como entes da federação, mesmo que sua existência seja constitucionalmente prevista e garantida, determinando a Constituição seu rol de atribuições. Mesmo tendo essas características, de modo que eles tenham um rol de atribuições à parte, não subsumíveis aos estados ou à União, de sorte que a massa normativa infraconstitucional não se resuma a esses dois últimos entes, não se entende, às vezes, que eles sejam entes da federação, o que leva a uma posição insustentável na qual ele não é ente da federação, mas existe paralelamente aos estados e à União. Essa visão não tem como prosperar.

É perfeitamente possível, repita-se, adotar uma classificação que leve em conta a

forma da descentralização ao lado de outros critérios. Optar entre essa classificação e outra é, também, um ato de escolha. No estudo sistemático de um tema, contudo, deve-se optar por aquela que for mais prática e funcional. Não reputamos como a mais prática essa classificação que leva em conta a ideia de autonomia material, dada a sua forte dependência a subjetivismos.

Na classificação das formas de Estado preferimos rejeitar critérios inconstantes e variáveis. Para nós, federalismo é a forma de Estado na qual as coletividades são criadas constitucionalmente, possuindo autonomia assegurada; unitarismo, aquela em que as coletividades locais são criadas infraconstitucionalmente pelo poder central, podendo ter sua existência e seu rol de atribuições por ele revisto. E só. Eventual discussão acerca de graus de centralização vem num segundo plano, não-determinante da forma em si.

Essa opção não implica ver os critérios políticos como irrelevantes na resolução de problemas federais. Como, por exemplo, nos debates parlamentares a respeito de se determinado grau de concentração corresponde ou não ao adequado à federação em questão. Ou na análise sobre se determinada emenda constitucional que concentre os poderes na União é constitucional ou não frente à cláusula pétrea federalista da Constituição brasileira. Fatores políticos como instituições e extensão da autonomia local realmente contarão nessa análise, podendo vir a serem decisivos. Mas, num julgamento desses, no fim, faz-se o juízo do federalismo, de qual é o grau mínimo necessário de descentralização para sua configuração, frente à realidade brasileira. A resposta é fragmentada, não tem pretensão de validade ao estudo sistemático da ideia de federalismo: quer-se resolver um problema de política brasileira, e é isso o que a resposta faz. Sem querer influir no estudo do federalismo como um todo. Esse tipo de resposta será também política, e dependerá fortemente do desenho institucional feito pelo poder constituinte originário do Estado em questão, o qual servirá de base, uma vez que ele já traz, em tese, o equilíbrio ótimo de poderes entre os diferentes entes. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 2024-2 MC, consignou isso de forma bem enfática na ementa do julgado:

1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas

a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo (BRASIL, 1999, p.73).

Diferentes sociedades terão, em diferentes momentos, diferentes necessidades e possibilidades, o que levará a diferentes configurações do aparato estatal⁶². Isso tem repercussões sobre o direito, apesar de sua autonomia em relação à política, sendo ele tão mutável e variável quanto ela. Dentro desse quadro, é recomendável que a classificação das formas de Estado se desembarace de aspectos contingentes e acidentais. É por isso que propomos, aqui, um critério único e uniforme, de natureza puramente formal.

A visão desenvolvida ao longo desse trabalho tem bons pontos de semelhança em relação à de Hans Kelsen. Passaremos, pois, a abordá-la no seguinte capítulo.

3 A VISÃO DE HANS KELSEN

A visão de Kelsen⁶³ sobre o federalismo passou por suas transformações. No Brasil,

62 Caso interessante é o do Reino Unido. Ele é um Estado unitário dividido em quatro países (*countries*): Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda. Tradicionalmente, o Parlamento decidia tudo, mas, com o passar dos anos, os três últimos países passaram a ter assembleias locais. Tem-se, com isso, um caso de unitarismo assimétrico onde não só as assembleias locais tem diferentes poderes, mas onde também uma das divisões (a Inglaterra) não tem assembleia própria, sendo totalmente regida pelo Parlamento (BRADLEY; EWING, 2011, p.47-8).

Essa estrutura atípica leva aos seus problemas, uma vez que o Parlamento, por ser órgão representativo de todo o Reino Unido, tem, em sua composição, representantes da Escócia, da Irlanda do Norte e do País de Gales; como ele legisla sobre todas as questões envolvendo a Inglaterra, mesmo aquelas que se encontram nas atribuições das assembleias locais das outras regiões, os representantes da Escócia e das demais entidades decidem sobre temas que dizem respeito tão-somente à Inglaterra, enquanto os representantes desta não podem decidir sobre interesses locais das demais coletividades. Isso leva a desequilíbrios e desentendimentos, sendo denominado *West Lothian Question*, ou *English Question* (BRADLEY; EWING, 2011, p.48).

63 Hans Kelsen (1881-1973) foi o mais célebre expoente da Escola de Viena, defensor do positivismo jurídico. Neokantista, separou em seu trabalho científico sistematicamente ser e dever ser, realidade e valores, proposições causais das ciências naturais e proposições jurídicas, forma jurídica e conteúdo jurídico. Contrário ao direito natural e à metafísica, condenava o sincretismo de métodos. Interessantemente, numa sociedade como a austríaca do seu período, a opção pela cientificidade se revelou um bom meio que uma camada ilustrada da sociedade, frequentemente de origem judaica e a favor de democracia, liberdade, emancipação e igualdade social poderia utilizar contra o antissemitismo virulento e o clericalismo existentes. Kelsen foi professor em Viena e magistrado da corte constitucional austríaca, tendo saído dela em 1930. No mesmo ano, passou a lecionar em Colônia, a qual teve que deixar em 1933 por força do antissemitismo. Após estada em Genebra e Praga, emigrou para os Estados Unidos, tendo lecionado em Berkeley, onde veio a falecer (STOLLEIS, 2002, p.163-7; THIENEL, 2001, p.354).

costumam ser mais conhecidas suas considerações a respeito do federalismo expostas na obra *General Theory of Law and State*. Isso se dá por uma série de razões: foi escrita mais no final da vida do autor, enquanto vivia nos Estados Unidos, sendo mais recente; foi escrita em inglês, idioma mais acessível que o alemão por parte da população brasileira; ela possui tradução nacional no mercado.

Para o austríaco, no federalismo

The central norms form a central legal order by which a partial legal community is constituted comprising all individuals residing within the whole territory of the federal State. This partial community constituted by the central legal order is the "federation." It is part of the total federal State, just as the central legal order is part of the total legal order of the federal State. The local norms, valid only for definite parts of the whole territory, form local legal orders by which partial legal communities are constituted. Each partial legal community comprises the individual residing within one of these partial territories. These partial legal communities are the "component States." Every individual thus belongs simultaneously to a component State and to the federation. The federal State, the total legal community, thus consists of the federation, a central legal community, and the component States, several local legal communities. Traditional theory erroneously identifies the federation with the total federal State.

Each of the partial communities, the federation and the component States, rests upon its own constitution, the constitution of the federation and the constitution of the component State. The constitution of the federation, the "federal constitution", however, is simultaneously the constitution of the whole federal State. (2006, p.317, grifos nossos)⁶⁴

Kelsen distingue, como vemos, o Estado federal da União. Mas, ao mesmo tempo afirma que a Constituição da União é também a Constituição do Estado federal⁶⁵.

Para Kelsen, é o grau de descentralização que distingue unitarismo de federalismo (2006, p.316). Prosseguindo, afirma que, quanto maior for a competência central, menor será

64 As normas centrais formam um ordem legal central pela qual uma comunidade legal parcial é constituída, abrangendo todos os indivíduos residindo em todo o território do Estado federal. A comunidade parcial constituída pela ordem legal central é a "União". Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem legal central é parte da ordem legal total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para determinadas partes de todo o território, formam ordens legais locais pelas quais comunidades parciais legais são constituídas. Cada comunidade parcial legal abrange o indivíduo residindo num desses territórios parciais. Essas comunidades parciais legais são os "estados componentes". Todo indivíduo assim pertence simultaneamente ao estado componente e à União. O Estado federal, a comunidade legal total, assim consiste na União, uma comunidade central legal, e nos estados componentes, comunidades legais locais. A teoria tradicional erroneamente identifica a União com o Estado federal como um todo.

Cada uma das comunidades parciais, a União e os estados componentes, assenta-se sobre sua própria constituição, a constituição da União e a constituição do estado componente. A constituição da União, a "Constituição Federal", entretanto, é simultaneamente a constituição do Estado federal como um todo (Tradução nossa).

65 No Brasil, Victor Nunes Leal concorda com essa visão (1997, p.160-1).

a local, sendo maior o grau de centralização. Nesse ponto, a diferença entre os Estados federal e unitário é que as matérias sujeitas à legislação dos estados componentes seriam mais numerosas e importantes do que aquelas sujeitas à legislação das províncias autônomas (KELSEN, 2006, p.317).

Enquanto no federalismo as entidades locais podem dispor sobre a própria Constituição, isso não ocorre no unitarismo, uma vez que é a Constituição do *Estado como um todo* que prescreve as suas constituições, que só podem ser alteradas através de uma modificação nessa Constituição (KELSEN, 2006, p.318).

No federalismo, há um Congresso bicameral: os representantes de uma casa são eleitos pelo povo do Estado federal; os da outra, pelo povo ou por uma assembleia legislativa estadual, sendo conhecida como casa dos estados (KELSEN, 2006, p.318).

Segundo esse ponto de vista, no federalismo há uma esfera maior de poderes no círculo local. Não só a legislação, mas também as competências administrativa e judicial são descentralizadas.

Ao tratar de federação, o autor também faz uma ampla comparação com confederação, considerando a esta como uma estrutura ainda mais descentralizada do que aquela. Para o autor,

The constitution of a confederacy of States is a legal order valid throughout the territory of all the States of this international community. It has the character of a central order and constitutes a partial community, the “confederation”. The separate States, the so-called “member States”, are, like the component States of the federal State, partial communities, too, constituted by local, namely, by their national, legal orders. The confederation together with the member States form the total community, the confederacy. The constitution of the central community which is at the same time the constitution of the local community, the confederacy, can set up a central organ competent to enact norms valid for all the States of the community, that is, throughout the entire extent of the union. (2006, p.319, grifos nossos)⁶⁶

No fim, as estruturas da federação e da confederação pouco diferem para o autor: ordem composta por ordens locais e ordem central, a constituição desta e a Constituição do todo. A comunidade total é formada pelas esfera central e locais. Há diferenças entre ambos os

66 A constituição de uma confederação de Estados é uma ordem jurídica válida através do território de todos os Estados dessa comunidade internacional. Ela tem o caráter de uma ordem central e constitui uma comunidade parcial, a “confederação”. Os Estados separados, os assim denominados “Estados-membros”, são, assim como os estados componentes de um Estado federal, comunidades parciais, também constituídos por ordens jurídicas locais, nomeadamente, pelas suas ordens jurídicas nacionais. A confederação junto com os Estados membros forma a comunidade total, a confederação. A constituição da comunidade central (que é ao mesmo tempo a constituição da comunidade local, a confederação) pode criar um órgão central competente para criar normas válidas para todos os Estados da comunidade, isto é, através de toda a extensão da união.

fenômenos - na federação, por exemplo, os estados-membros não podem deixar a comunidade, enquanto o oposto se verifica na confederação (2006, p.323). No federalismo, também, os estados-membros geralmente não estão sujeitos ao direito internacional (2006, p.324).

O autor enxerga ampla fluidez entre as estruturas da confederação, da federação e do unitarismo. É irrelevante, por exemplo, o modo de criação do federalismo, pouco importando se este resulta da junção de diferentes Estados soberanos ou através da transformação de um Estado até então unitário. Uma confederação pode se originar tanto de Estados soberanos quanto de um Estado unitário que se fragmenta; do mesmo modo, vários Estados soberanos podem se unir e criar um Estado unitário. Como exemplo de Estado unitário que passa a federal cita o autor a Áustria. O Império Britânico e o Estatuto de Westminster, o qual levou à independência de diferentes regiões e criou a *Commonwealth*, é usado como exemplo de Estado unitário que teria virado uma confederação (2006, p.324).

Nessa obra, como vemos, há fluidez entre unitarismo, federalismo e confederalismo. Não há um *iter* rígido a ser seguido para se atingir determinada estrutura: um Estado unitário não é obrigado a virar um federal para se transformar numa confederação, nem uma confederação precisa passar pelo federalismo para atingir o Estado unitário. Cada estrutura pode se transformar em qualquer uma das outras duas.

Diferença marcante entre unitarismo e federalismo é que no primeiro as coletividades locais têm menos poderes do que no segundo, no qual elas podem até criar a sua própria constituição. Entende o autor, portanto, que no federalismo as coletividades locais tem que poder criar sua própria constituição. Entende também que na forma federal há bicameralismo, com casa representativa do povo e casa representativa dos estados-membros no federalismo.

Por último, salta aos olhos a estruturação de federalismo feita pelo autor. Para começar, cinde ele a União da federação, afirmando que são coisas distintas. Estado federal é onde há a federação e as comunidades parciais União e esferas locais. Cada uma destas tem sua própria constituição, sendo que a constituição da União é, ao mesmo tempo, a Constituição de todo o Estado federal. Essa mesma estrutura é repetida no que tange às confederações.

De qualquer forma, a visão adotada na *General Theory* tem seus inconvenientes.

Antes de mais nada, iguala duas coisas distintas. Se a União é diferente da federação, a constituição da primeira não pode ser igual à da segunda, como sustenta o autor. Kelsen não só iguala duas constituições diferentes, como ainda por cima o faz de modo que a Constituição do ente menor seja a do maior. É mais compreensível que se pense que a Constituição da federação é que sirva também de constituição à União, mas não o contrário. De qualquer forma, o maior (federação) é distinto do menor (União), de modo que a Constituição daquele não pode ser igual à deste.

Há, em *General Theory*, duas ordens jurídicas parciais que se complementam e formam uma maior. Mas onde reside a unidade nesse modelo? Há apenas duas ordens jurídicas parciais, sem nada que as ligue e as vincule. Elas simplesmente automaticamente se complementam, funcionando a constituição da União funciona também como constituição da federação. Não há nada que determine qual o âmbito de cada ordem, para que se evitem desarmonias. E se cada poder político entender que possui a mesma competência, de modo que haja um conflito entre eles, como é que a situação fica? Como definir qual é a norma válida e qual é a inválida?

Precisa-se de algo a mais nessa proposta. Algo que traga a unidade, que diga qual é a esfera de cada ordenamento parcial, criando condições de resolver esse conflito.

Curiosamente, o próprio Kelsen, em outras circunstâncias, defende que deve haver um ponto uno que determine qual a esfera de cada ordenamento parcial. Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, partindo do pressuposto de que há uma unidade entre as ordens jurídicas nacionais e internacional, procura ele rechaçar a possibilidade de existência do dualismo nas relações entre os direitos interno e internacional. Afirma que tal dualismo é impossível, dentre outras razões porque

Dois complexos de normas também podem, porém, formar um sistema de normas unitário tal que os dois ordenamentos surjam como situados ao mesmo nível, quer dizer, delimitados, nos respectivos domínios de validade, um em face do outro. Isso pressupõe, porém, um terceiro ordenamento, de grau superior, que determine a criação dos outros dois, os delimite reciprocamente nas respectivas esferas de validade, e, assim, os coordene. (2009, p.369)

Como ninguém nega haver uma unidade no Estado federal, faz-se necessário esse terceiro ordenamento, de grau superior. Mas, por alguma razão, o autor não considera isso quando escreve sobre federalismo, o qual é algo que incontestavelmente apresenta uma

unidade.

Como afirmado, o pensamento do autor a respeito do federalismo teve suas diferentes fases. Em *Allgemeine Staatslehre* (1925), ele também se ocupa do tema. Principiando, analisa o autor a questão dos diferentes tipos de centralização e descentralização.

Parte o austríaco de casos ideais: no de centralização, todas as normas jurídicas valem para todo o território; no de descentralização, as normas valem apenas para parte do território. Como a unidade do território determina-se pela unidade da validade normativa, parece ser complicado se falar de existência de um único ordenamento jurídico e de um único território. Afinal, prossegue Kelsen, um conjunto de comunidades jurídicas sem uma comunidade total que a envolva e entre em contraste com elas é impensável – mesmo no caso do Direito Internacional, entende o autor, já que ele encara todo o fenômeno jurídico como sendo uma única e grande ordem. O caso de descentralização ideal é aquele no qual não há uma norma válida em todo o território – há apenas a norma fundamental em comum entre as diferentes ordens jurídicas. Esse é o caso extremo de descentralização, o qual também é o caso-limite da existência concomitante de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Prosseguindo, o autor entende que se pode falar de descentralização em sentido estrito quando a unidade do território como um todo é constituído por norma positiva, e não apenas pela norma fundamental. Mas isso não é tão relevante, já que a realidade jurídica não vai além dessa fronteira: mesmo o caso do Direito Internacional corresponde a esse caso de descentralização em sentido estrito. O que ocorre sempre é descentralização parcial, ou centralização parcial, o que é a mesma coisa (1925, p.163-5).

Deve-se ter muito clara a posição relativista do autor em relação ao Estado: ele não considera que nele haja qualquer característica especial, sendo infenso à ideia clássica de soberania. Para Hans Kelsen, o que existe é apenas um grande e único ordenamento jurídico, constituído em diferentes partes, sendo a maior delas o ordenamento jurídico internacional

Es ist der gleiche Weg, auf dessen Stufen man zu der letzten, umfassendsten Gemeinschaft positiven Rechts, der civitas maxima des Völkerrechts gelangt. Erweist sich damit, daß alle hier behandelten Rechtsgemeinschaften: Gemeinde, Kommunalverband (Selbstverwaltungskörper), Land, Gliedstaat im Bundesstaat, Einzelstaat, Staatenbund und Völkerrechtsgemeinschaft sich nur oder doch in erster Linie durch den Grad der Dezentralisation unterscheiden, die das Gesetz der Reihe darstellt, in der eine Form kontinuierlich in die andere übergeht, dann ist nur mehr eine terminologische Konvention, welches Glied oder welcher Glieder dieser Reihe

man als <<Staat>> bezeichnen will (1925, p.194-5)⁶⁷.

Nega o autor, portanto, qualquer caráter especial ao Estado ou à soberania: vê ele, nas diferentes coletividades, apenas diferenças de quantidade, e não de qualidade, havendo apenas maior ou menor centralização em cada uma delas (1925, p.194-5). A soberania, com isso, torna-se um conceito irrelevante.

Não é porque se tem unidade formal no território jurídico que se deve ter unidade material do conteúdo jurídico: pode-se ter, nos diferentes territórios parciais, normas de conteúdos diversos. Ademais, pode-se diferenciar o conteúdo das normas não só no sentido territorial, mas também em outros, como pessoal. Pode-se, por exemplo, utilizar-se de fatores pessoais como idioma, religião, raça, sexo, etc (1925, p.165).

Nesse diapasão, expõe outra estrutura de federalismo, segundo a qual há três diferentes entes numa federação:

Auf Grund der Gesamtverfassung und von ihr delegiert, stehen somit zwei weitere Normenkreise, die – der delegierenden Gesamtverfassung gegenüber – als delegierte Teilordnungen erscheinen: eine mit räumlicher Geltung für das Gesamtgebiet und mehrere mit räumlicher Geltung für Teilgebiete. Bezeichnet man die erstere als Oberstaat und die letzteren als Gliedstaaten, so sind beide tatsächlich einander koordiniert, besteht tatsächlich zwischen beiden kein Delegationsverhältnis. Es sind somit die sog. Gliedstaaten dem Oberstaat nicht untergeordnet; und dieser führt insofern seinen Namen mit Unrecht. Allein sie als souverän – im formalen Sinne – zu bezeichnen, ist drum falsch, weil man dabei die fundamentale Tatsache ignoriert, daß beide Teilordnungen von der Gesamtverfassung delegiert sind, ohne die sie als solche gar nicht möglich wären (1925, p.200).⁶⁸

A Constituição cria e delimita dois tipos de entes: um com determinada competência território equivalente a todo o território estatal; outro com competências

67 É do mesmo jeito quando se alcançam os últimos degraus da comunidade última, da comunidade mais abrangente de Direito positivo, a *civitas maxima* do Direito Internacional. Comprova-se então com isso que todas as comunidades jurídicas com que aqui se lida - comuna, associação de comunas (corpos autônomos), país, estado-membro de Estado federal, Estado, confederação e comunidade internacional - distinguem-se, sobretudo, apenas através do grau de descentralização, sendo que a linha da sucessão demonstra que se passa continuamente de uma forma à outra, de modo que é apenas uma convenção terminológica, qual membro ou quais dos membros dessa linha pode ser denominado “Estado” (Tradução nossa).

68 Por causa da constituição do todo, a qual os delega, existem dois outros círculos de normas, os quais – frente à constituição do todo que as delega – revelam-se como ordenamentos parciais delegados: um com validade espacial para o território como um todo e outros com validade espacial para territórios parciais. Descreve-se o primeiro como União (Oberstaat, literalmente, Estado superior) os últimos como estados-membros, de modo que ambos são, de fato, reciprocamente coordenados, não havendo entre ambos qualquer relação de delegação. Não são, portanto, os estados-membros subordinados à União (Oberstaat), de modo que este porta seu nome [Oberstaat] com injustiça. Apenas descrever ambos como soberanos – no sentido formal – é falso, porquanto ignora-se com isso o fato fundamental de que ambos os ordenamentos parciais são delegados pela constituição total, sem o que eles não seriam possíveis como tais (Tradução nossa).

distintas, cujo território abrange apenas parte do Estado. Aquilo que usualmente é chamado de União, ou governo central, é apenas parte de uma estrutura maior, derivada da Constituição. A União está em posição de coordenação em relação aos estados-membros, estando como todos eles igualmente subordinada à Constituição do todo. A Constituição é que cria a unidade do ordenamento total (*Gesamtordnung*). Trata-se de norma, ou complexo de normas, que tem competência material e territorial com validade para todo o território do ordenamento total (*Totalordnung*), repartindo as competências materiais entre um ordenamento central e vários ordenamentos locais (1925, p.199). Entre esses ordenamentos central e locais não há qualquer tipo de subordinação, uma vez que ambos se originam diretamente da mesma Constituição.

Se a estrutura do federalismo parece ser distinta, é porque geralmente o órgão encarregado de alterar a Constituição do todo (*Gesamtverfassung*) também tem outra atribuição, a de órgão legislativo do ente central, da União (*Oberstaat*).

Das ist der Grund, weshalb man – in einer perspektivischen Verkürzung gleichsam – die Teilordnung des Oberstaates mit der Bundesverfassung zusammen als eine Ordnung sieht. Obgleich das die Gesamtverfassung ändernde Organ von dem die Teilordnung des Oberstaates setzenden Organ trotz Identität der Organträger geschieden werden muß, läßt die Identität des Organträgers die beiden Normenkomplexe als einen erscheinen. Diesen meint man, wenn man von dem Oberstaat spricht, den man als Bund, Reich, Bundestaat usw. bezeichnet. Und diesem gegenüber sind dann die Gliedstaaten untergeordnet, weil von ihm, d. h. von einer Norm delegiert, die zum Komplex dieser Ordnung gehört (1925, p.200)⁶⁹.

Há uma união pessoal entre as pessoas responsáveis pelos diferentes órgãos: o mesmo conjunto de indivíduos é *Organträger* das duas funções, isso é, o mesmo conjunto de indivíduos pode ter tanto a incumbência de agir como legislador da União (*Oberstaat*) como a de modificar a Constituição do todo (*Gesamtverfassung*)⁷⁰.

Afirma Kelsen que determinado órgão é órgão direto da comunidade jurídica quando essa comunidade é constituída através da ordem jurídica posta pelo mesmo órgão.

69 Essa é a razão pela qual – numa redução de perspectiva, por assim dizer – o ordenamento parcial do *Oberstaat* e a Constituição Federal aparentam ser um único ordenamento. Ainda que, apesar da identidade de *Organträger* (indivíduo ou conjunto de indivíduos que agem como órgão de determinada coletividade), se deva separar o órgão que altera a constituição do todo do órgão que põe o ordenamento parcial do *Oberstaat*, essa identidade do *Organträger* faz com que ambos complexos de normas aparentem ser um só. Isso é o que se quer dizer quando se fala da União (*Oberstaat*), querendo-se referir à União (*Bund*), *Reich* [Estado, como em “República Federativa do Brasil”], Estado federal, e assim por diante. E à União seriam então os estados-membros subordinados, uma vez que eles são delegados por ele, isto é, por uma norma que pertence ao complexo desse ordenamento (Tradução nossa)

70 O autor menciona casos esse de união pessoal entre os *Organträger* de diferentes coletividades em diferentes momentos, mencionando, por exemplo, o caso de uniões monárquicas e, indiretamente, o do Império Alemão, no qual a mesma pessoa era rei da Prússia e imperador alemão (p.169).

Indireto, por sua vez, é o órgão de uma comunidade que se revela como parte da primeira comunidade (como comunidade parcial, portanto). A ordem constitutiva dessa comunidade parcial é apenas uma ordem parcial delegada por parte de uma ordem maior. Desse modo, a qualificação de um ato como ato da comunidade parcial não pode ser definitiva; deve-se, nesse diapasão, considerar-se o ato da comunidade parcial como também sendo ato da comunidade total. Seguindo essa linha de raciocínio, o autor afirma que determinado órgão não pertence apenas ao ordenamento que ele cria (de maneira direta), mas também é órgão de todos os ordenamentos, que são criados por órgãos criados com base nas normas por ele criadas (de maneira indireta) (1925, p.171-2).

Caminhando-se na direção apontada pelo austríaco, pode-se bem entender que o órgão que cria a Constituição é, no fim, órgão de todos os ordenamentos criados por ela; utilizando-se linguagem mais corrente, o poder constituinte é órgão também dos estados-membros e da União, uma vez que ele é que cria as normas que os criam. Há sempre uma relação de unidade no que tange à descentralização – o que inclui o federalismo.

Como visto, tanto a ordem central quanto as locais são criadas pela Constituição, estando ambas diretamente subordinadas a ela. Assim sendo, contrapõe-se Kelsen à fórmula alemã tradicional “direito federal rompe direito estadual” (*Reichsrecht bricht Landesrecht*⁷¹), por ser aquele supostamente superior a este. Mostra o autor que isso levaria a grandes problemas, pois assim qualquer lei ordinária federal acabaria podendo afetar competências estaduais, mesmo se a alteração constitucional se submetesse a algum rito especial. Em risco ficaria, então, toda a repartição constitucional de competências. Por outro lado, se o sentido da fórmula fosse de que apenas o direito federal constitucional (*verfassungsmäßig*) se sobrepõe ao direito estadual inconstitucional (*verfassungswidrig*), o adágio acabaria perdendo todo o sentido – pois seria, então, a constituição que prevaleceria, não o direito federal infraconstitucional (1925, p.221-2).

Não se pode, portanto, ter o *Bundesrecht bricht Landesrecht* como princípio basilar do federalismo, já que ele destrói a garantia constitucional de existência dos estados-membros. Não se pode derivá-la de uma soberania da União (*Bund*), ou de sua *Kompetenzhoheit*⁷². A *Kompetenzhoheit* da União (*Bund*) significa que as disposições

71 Atualmente, em virtude de alteração na denominação oficial da Estado alemão, a fórmula é enunciada de outro modo, tal qual consta na Constituição daquele país: “*Artikel 31: Bundesrecht bricht Landesrecht*”.

72 O autor usa o termo *Kompetenzhoheit*, e não *Kompetenzkompetenz*, comumente utilizado para se referir à

constitucionais de competências entre os diferentes entes pode ser alterada por lei constitucional da União (*Bundesverfassungsgesetz*). Apenas onde não há diferença entre legislação constitucional da União (*Bundesverfassungsgesetzgebung*) e legislação ordinária da União (*einfacher Bundesgesetzgebung*) pode a repartição de competências ser alterada por lei ordinária⁷³ – mas nunca por determinações do Executivo (*Verordnungen*) ou normas individuais sem que haja determinação expressa a respeito (1925, p.221-2).⁷⁴

O sistema de Hans Kelsen busca ser o mais coerente possível, conforme sua visão acerca do estudo do Direito, não se deixando influenciar tanto pelas visões tradicionais do federalismo. O autor, seguindo sua estrutura, assevera que quando determinado indivíduo ou conjunto de indivíduos age numa qualidade relacionada ao ente central, ele age sempre como órgão central, independentemente de sua posição no sistema jurídico. É inexacto dizer que um órgão central pode ser criado por órgãos locais – um órgão central só pode ser criado por órgãos centrais. O que ocorre, por vezes, é união pessoal entre os *Organträgers* do órgão central e dos órgãos locais. Assim, quando assembleias locais elegem membros de uma das casas do governo central, elas agem, nesse ato de votação, como órgãos centrais, não como órgãos dos estados-membros a que pertencem, já que elas definem quais indivíduos irão ocupar determinada posição num órgão central.

Em obra de 1927, denominada *Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung*⁷⁵, o autor continua sua abordagem.

prerrogativa de estabelecimento de competências entre os diferentes entes da federação. No fim, parece mesmo o primeiro ser mais acertado do que o segundo, uma vez que a capacidade de distribuição de competências não é decorrente da atribuição de alguma norma, gerando-se uma competência, e sim oriunda do simples fato de se ter o poder para fazer tal, o que está mais expresso no termo *Hoheit* do que no *Kompetenz*.

73 A rigor, parece haver certa indeterminação por parte do autor. Se, como acima afirmado, o federalismo é estrutura na qual a Constituição do todo (*Gesamtverfassung*) cria União e estados, sendo que, usualmente, o conjunto de indivíduos responsável por criar a legislação da União é também responsável por alterar a *Gesamtverfassung*, como é que se pode falar em *Bundesverfassungsgesetzgebung* (em oposição à lei ordinária da União)? Se a Constituição é do todo (*Gesamtverfassung*), não se poderia fazer uma oposição dessas: a Constituição é norma (ou legislação) do todo, sendo a legislação da União mera legislação do governo central.

74 No original: “Nur wo zwischen Bundesverfassungs- und einfacher Bundesgesetzgebung kein Unterschied besteht, kann die verfassungsmäßige Kompetenzverteilung durch einfaches Gesetz – niemals aber ohne ausdrückliche positivrechtliche Bestimmung durch Verordnungen oder individuelle Norm – zugunsten des Bundes geändert werden.”

75 A intervenção federal. Uma contribuição à teoria e à prática do Estado federal, sob especial consideração do *Reich* alemão e da Constituição Federal austriaca (Tradução nossa)

Principia repetindo que, no federalismo, a *Gesamtverfassung*, Constituição do todo, com base em competências materiais, cria dois tipos de ordenamentos jurídicos parciais. O primeiro tipo tem competência para todo o território, e é parcial por ser competente para apenas parte das matérias. O segundo tipo de ordenamento parcial são os ordenamentos parciais com competência para apenas partes do território. Entre eles não há subordinação, apenas coordenação. A Constituição do todo, junto com suas ordens parciais delegadas, a União e os estados-membros, constituem a comunidade como um todo (*Gesamtgemeinschaft*), a qual, no caso do federalismo, denomina-se Estado (1927, p.130-1).⁷⁶

Podem-se distinguir três funções diferentes no órgão que acumula tanto a criação da legislação federal quanto a de normas da Constituição do todo: a criação de leis federais, com base nas constituições do todo e da União; a criação de leis constitucionais da União, as quais abrangem a organização de sua legislação e da alta administração federal, como organização da comunidade parcial; leis constitucionais da Constituição do todo, à qual pertence a repartição de competências. As leis constitucionais do segundo e do terceiro casos não são exteriormente distinguíveis no caso de confusão entre o legislador federal e o da Constituição como um todo, em que pese a diferença de funções. Mas elas podem, de qualquer forma, ser distinguidas quanto ao seu conteúdo (1927, p.133).

A repartição de competências, segundo Kelsen, pertence necessariamente à Constituição do todo. A primeira Constituição de uma federação poderia se limitar a definir uma repartição de competências entre os entes, a criar um órgão para alteração da Constituição do todo e a estabelecer um primeiro órgão para a legislação da União como ordem parcial. Poderia também conceder à União a plena autonomia constitucional, permitindo que ela criasse sua própria Constituição. Só que a Constituição do todo geralmente não o faz, determinando que o mesmo órgão seja responsável tanto pela criação legislativa da União quanto pela alteração da Constituição do todo. Assim sendo, a constituição da União inteira pertence à Constituição do todo. Toda alteração da constituição da União aparenta ser uma modificação da Constituição do todo. (1927, p.133-4).

Pode também a Constituição do todo regular princípios, fundamentos das constituições estaduais. Nessa caso, tanto os fundamentos das constituições dos estados como a constituição inteira da União pertencem à Constituição do todo. O órgão legislativo da

⁷⁶ Diz-se no caso do federalismo porque o autor lida, ao mesmo tempo, com a estrutura de uma confederação – cuja comunidade como um todo não recebe a denominação *Estado*.

União, ao alterar fundamentos da constituição da União ou a repartição de competências, age como órgão da Constituição do todo, da comunidade como um todo. No fim, o conteúdo mínimo necessário da Constituição do todo é a repartição de competências entre União e estados (1927, p.134-5).

Prosseguindo em sua análise, passa a abordar a estrutura usual na qual a Constituição do todo contém em si a constituição da União e princípios das constituições dos estados-membros. Nesse caso, existem na estrutura do Estado federal três círculos: 1) a Constituição do todo, que contém em si a constituição da União e princípios das constituições dos estados; 2) a ordem da União, formada por normas de matérias de competência da União (leis, atos individuais), diretamente provenientes da Constituição do todo; 3) a ordem de cada estado-membro, composta por constituições autonomamente criadas e por normas jurídicas dentro de seu campo de competências materiais (1927, p.135). Eis a estrutura usual de uma federação, segundo Kelsen.

A estrutura defendida nessa obra, assim como na *Allgemeine Staatslehre*, é distinta daquela proposta em *General Theory of Law and State*. Nessas obras, assevera o autor que a Constituição do todo cria a União e os estados, afirmando expressamente em *Bundesexekution* que o que existem são três círculos.⁷⁷ Por outro lado, em *General Theory*, afirma-se que o Estado federal é composto pelas esferas central e locais, sendo a constituição do governo central, no fim, a Constituição do todo. Nessa visão, portanto, o Estado federal é a soma das esferas locais e central, ou, numa outra interpretação possível, uma esfera que meramente envolve as demais, tal qual uma película, sem ser nada mais do que a soma das demais esferas. O que exatamente levou a essa mudança de posicionamento, contudo, não fica claro.

Hans Kelsen também aborda as normas limitadoras dos poderes de outras entidades, como os direitos fundamentais. Uma violação a qualquer uma dessas normas é uma violação à Constituição do todo – nesse caso, não só a autonomia constitucional é reduzida, como também a autonomia legal das comunidades parciais (1927, p.135).

Para Hans Kelsen, qualquer órgão que seja feito competente pela Constituição do

⁷⁷ A rigor, no fim, trata-se de apenas um círculo, já que os outros dois são subordinados ao da Constituição como um todo, tendo sido por ele criados. Há unidade, apesar da pluralidade de círculos: o do *Estado como um todo* engloba os demais, mas não é a mera soma deles. O círculo maior é mais do que a soma dos outros dois, já que é ele que os cria e conforma, tendo esse poder que nenhum deles têm – além de poder produzir eventuais normas constitucionais não relativas à repartição de competências entre os demais círculos.

todo para determinar se algum estado-membro violou os deveres impostos por ela é, no exercício de sua função, um órgão da Constituição do todo – mesmo que, em outras circunstâncias, ele aja como órgão da União (1927, p.165-7). Um tribunal, por exemplo, que tenha essa função, agirá como tribunal do todo, e não da União. Com isso, a Constituição do todo, pode-se dizer, nada mais faz do que criar uma ordem jurídica dela diretamente decorrente, diferente das ordens dos governos central e locais.

Eventual execução do julgamento proferido pelo órgão do todo em controle de constitucionalidade será também realizada por um órgão do todo – afinal, é função do *Gesamtstaat* garantir a observância da sua Constituição do todo. No caso analisado por Kelsen, o da Constituição de Weimar, o presidente do *Reich* revela-se como órgão da *Gesamtverfassung* (1927, p.168).

Desse modo, para o austríaco, a federação compõe-se de três esferas: a do todo, a da União e a dos estados. A Constituição do todo geralmente acaba contendo em si integralmente a constituição da União, bem como princípios das constituições dos estados – embora isso não seja necessário: seu conteúdo mínimo é a repartição de competências. O órgão que altere a Constituição do todo revela-se como órgão do todo; da mesma forma, o órgão que julgue possível violação da Constituição do todo, bem como aquele que execute a decisão do primeiro, revelam-se também como do todo. Essa é a estrutura defendida por Hans Kelsen em *Bundesexekution*.

Como vemos, Hans Kelsen teve diferentes abordagens a respeito do Estado federal ao longo da vida. Num primeiro momento, em obras como *Allgemeine Staatslehre* e *Bundesexekution*, defendeu o austríaco a concepção de que não há no federalismo apenas União e estados, existindo também o *Estado como um todo*, o *Gesamtstaat*, superior a eles⁷⁸. O autor, por razões que não pudemos ainda identificar, acabou alterando sua visão. Sua obra *General Theory* traz a formulação mais conhecida no Brasil, segundo a qual o Estado federal consiste nas esferas central e locais; a constituição do ente central é, ao mesmo tempo, constituição do ente central e do todo. Autores como Victor Nunes Leal (1997, p.160-1) utilizam essa estrutura no Brasil para defender a ideia de que no federalismo há apenas União e estados.

⁷⁸ Como se pode perceber, essa visão do autor é bem semelhante à defendida na presente monografia. Esse é um ponto interessante, já que a influência do austríaco é clara ao longo do trabalho, sobretudo em pontos como a abordagem mais formal do problema e a definição de *órgão* aqui utilizada.

CONCLUSÃO

A visão tradicional de federalismo é contraditória, permeada de problemas e insuficiente para explicar todos os fenômenos envolvendo as formas de Estado. Defende-se nessa monografia concepção distinta, segundo a qual o federalismo é forma de Estado na qual existe uma coletividade superior, o *Estado como um todo*, que cria e conforma a União e os estados

A visão tradicional também apresenta problemas por misturar critérios completamente diversos e desconexos - como a atribuição de soberania à União ou a necessidade de elementos como bicameralismo e controle constitucional de constitucionalidade. Tal visão pressupõe, ainda, a existência de uma quantidade substancial de competências nas mãos dos poderes locais, que deveriam ter, ainda, condições financeiras de exercer sua autonomia.

Nenhum desses elementos é essencialmente ligado ao outro, de modo que são possíveis distintas combinações entre eles. Isso não é levado em conta pela visão dominante. Não é possível, por exemplo, explicar o que é um hipotético Estado no qual os poderes locais tenham poderes constitucionalmente definidos realmente ínfimos, insignificantes, uma vez que ele não pode ser classificado nem como federal, nem como unitário.

O fato é que, até hoje, encara-se o federalismo tendo-se por base a primeira experiência federal da história, a dos Estados Unidos da América. De maneira geral, só é tido como federalismo o que segue mais ou menos os padrões naquele país definidos.

Isso nubla o estudo da matéria, fazendo com que não haja critérios claros ou definitivos, não sendo de todo possível distinguir unitarismo e federalismo. Do mesmo modo, dificulta a compreensão do papel dos municípios onde eles são constitucionalmente definidos como entes da federação.

A concepção corrente não é nem um pouco prática. Há que se usar de uma abordagem mais objetiva, que leve em conta as diferentes configurações dos elementos que considera como essenciais ao federalismo. Há que se definir por federal o Estado em que a repartição de atribuições seja constitucionalmente realizada, e só isso - sem se impingir a necessidade de um rígido formato institucional.

A flexibilidade é a tônica da visão aqui proposta, até porque é só assim que se

pode acompanhar a imensa criatividade humana. Visão que pode ter seus inconvenientes por vezes, mas que parece a única capaz de decifrar a real natureza do Estado federal.

A concepção aqui defendida é flexível, acompanhando tanto o direito quanto a política, imensamente plásticos, variando as normas, bem como as necessidades e as respostas políticas, imensamente ao longo do tempo e do espaço – assim como o próprio homem. O que não é coincidência, uma vez que é justamente porque este é assim flexível é que os demais também o são.

Difundida é na doutrina a ideia de que existe relação entre federalismo e separação de poderes. É hora, pois, de realmente se encampar esse raciocínio, tratando-se ambos igualmente: assim como há uma unidade superior na separação de poderes, o poder constituinte, deve haver uma também no federalismo, o *Estado como um todo*, de modo que todo o sistema tenha sua base.

Pode-se dizer, assim, que o federalismo é fenômeno imensamente flexível, sendo estrutura composta por uma unidade superior, o *Estado como um todo*, o qual cria e conforma entidades subordinadas, como a União e os estados do sistema clássico. O número de tipos de entes não é, porém, necessariamente fixo, podendo haver mais de dois deles, como ocorre no caso brasileiro. O cerne do fenômeno é a repartição constitucional de competências, sendo isso o que define o federalismo, e o distingue do unitarismo. Outros elementos, como bicameralismo, são incidentais, e não essenciais à sua configuração.

Reputa-se, com essa concepção, resolver os problemas acerca da conceituação do federalismo, estabelecendo-se uma visão clara sobre o tema, apta a definir com objetividade o que é ou não Estado federal.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. **Grundgesetz** (1949). Disponível em:

<<http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>>

Acesso em: 28 mai 2014

_____. **Verfassung des Deutschen Reiches** (1871). Disponível em:

<http://de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reiches_%281871%29> Acesso

em: 28 mai 2014

AMORIM DE BARROS, Francisco Reynaldo. **ABC das Alagoas**. Disponível em:

<http://www.abcdasalagoas.com.br/public_html/verbetes/index/D/page:13> Acesso em: 28

mai 2014

ATALIBA, Geraldo. Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios: Limites à norma geral - Código Tributário Nacional. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, p.45-80, out./dez. 1969.

_____. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 53-4, p.58-76, jan./jun. 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1988

BÉLGICA, **La Constitution Belge** (1994). Disponível em:

<http://www.senate.be/doc/const_fr.html> Acesso em: 09 jun 2014

BIN, Roberto; FALCON, Giandomenico (Orgs.). **Diritto Regionale**. Bologna: Il Mulino, 2012

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934).

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 12 jun 2014

_____. **Constituição Política do Império do Brasil** (1824). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 12 jun 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024-2. **Dje**. Brasília, 01 dez. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229096. **Dje**. Brasília, 11 abr. 2008.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and Administrative Law**. Harlow:

Pearson Education Limited, 2011

CANADA. **Constitution Act** (1982). Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/CONST/page-15.html#h-38>> Acesso em: 20 mar 2014

CALHOUN, John C. **A Disquisition on Government**. South Bend: St. Augustine's Press, 2007

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DULLES, John W. F. **A Faculdade de Direito de São Paulo e a resistência anti-Vargas: 1938-1945** Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1984

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **O poder constituinte**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

FGV - CPDOC. Verbete DÓRIA, Sampaio. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>> Acesso em: 07/08/2012

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3. ed. New York: Touchstone, 2005

FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. **Verfassungsgeschichte**. München: Verlag C. H. Beck, 2011

GAMPER, Anna. A “Global Theory of Federalism”: The Nature and Challenges of a Federal State. **German Law Journal**. Bonn, V. 06, N. 10, 2005, p.1297-1318

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

JACKSON, Andrew. **Veto Message Regarding the Bank of the United States**. 1832. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ajveto01.asp>. Acesso em: 07 jun. 2014.

KELSEN, Hans. **Allegemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1925

_____. Die Bundesexekution: Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundestaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung. In: GIACOMETTI, Zaccaria; SCHINDLER, Dietrich. **Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag**: 24. Januar 1927. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1927. p.127-187.

_____. **General Theory of law and State**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. Vol. 1. Brasília: Ministério Da Justiça, 1997

- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012
- MOHNHAUPT, Heinz; GRIMM, Dieter. **Constituição**: História do conceito desde a Antiguidade até nossos dias. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012
- NAWIASKY, Hans. **Allgemeine Staatslehre**. 3. t. Einsiedeln: Verlaganstalt Benziger & Co. AG, 1956
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010
- PINTO FERREIRA, Luiz. **Comentários à Constituição Brasileira**. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1989
- RICKEN, Guilherme. Direitos do "Bem Viver" e Modelo de Desenvolvimento no Constitucionalismo Intercultural. **Discenso**: Revista de Graduação do PET-DIREITO-UFSC. Florianópolis: Boiteux, v. 3, p.241-58, 2011
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1997
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. **Direito Constitucional** - curso e comentários à Constituição. São Paulo: São Paulo Editora S/A, 1953, t. I e II
- SEELAENDER, Airtón Lisle Cerqueira-Leite. O Contexto do Texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Revista Seqüência**. Florianópolis: Boiteux, v. 28, n. 55, p.253-86, 2007
- _____. Verfassung und Verfassungsrecht in Brasilien (1824-1988). In: DUVE, Thomas (Org.). **Rechtsgeschichte**: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, v. 16, p.97-103, 2010
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009
- _____. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002
- STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland** (Vol. 3): Weimarer Republik und Nationalsozialismus. München: Verlag C. H. Beck, 2002
- _____. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland** (Vol. 4): Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1991. München: Verlag C. H. Beck, 2012
- _____. **Public Law in Germany, 1800-1914**. New York: Berghahn, 2001
- THIENEL, Rudolf. Hans Kelsen. In: STOLLEIS, Michael (Org.). **Juristen**: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. München: Verlag C. H. Beck, 2001, p.354-6

ZACHER, Hans F. “**Nawiasky, Hans**”. Disponível em: <www.deutsche-biographie.de/pnd118785796.html> Acesso em: 25 jun. 2014